DAS RECHT DER HYPOTHEKENZINSEN UND DER SONSTIGEN NEBENLEISTUNGEN EINER HYPOTHEK

Ulrich Schwab

1968

9529

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0096

DAS RECHT DER HYPOTHEKENZINSEN UND DER SONSTIGEN NEBENLEISTUNGEN EINER HYPOTHEK

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ulrich Schwab

aus Stuttgart

1968

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl PETERS
1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz BAUR
2. Berichterstatter: Professor Dr. Dieter MEDICUS

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 4. 1968

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einführung 1

1. Themenstellung 1

2. Themenrechtfertigung 1

1. KAPITEL:
Die Begründung der dinglichen Sicherung für die Zinsen und die sonstigen Nebenleistungen 4

Vorbemerkung: Zum Begriff der Zinsen 4

I. Die Unterscheidung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen und ihre Auswirkung in der grundbuchlichen Praxis, Abgrenzungsfragen 5

1. Kein rechtlicher Unterschied - es gelten die gleichen Vorschriften 5
2. Auswechselbarkeit bei Angabe eines Gesamtprozentsatzes für alle Nebenleistungen 6

II. Der Eintragungs- und Bestimmtheitsgrundsatz 10

1. Verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz die Angabe des Zinsbeginns in der Eintragungsbewilligung? 10
2. Eintragung sonstiger Vereinbarungen über die Zinsen? 15
3. Beginn der Hypothekenverzinsung in einem vor der Eintragung liegenden Zeitpunkt? 15
4. Die Zulässigkeit sog. gleitender bzw. beweglicher Zinssätze: 17

a) Ausgangssituation; heutiger Stand der Rechtsprechung 18
aa) Automatische Anpassung an Bundesbankdiskontsatz ohne Begrenzung nach unten und oben 18
bb) Automatische Anpassung an Bundesbankdiskontsatz oder Zinssatz einer öffentlichen Sparkasse mit Begrenzung nach oben und unten 18

cc) Anpassung wie zu bb), aber erst auf entsprechende Willensäußerung des Gläubigers hin 19
dd) Freie Disposition des Gläubigers innerhalb eines bestimmten Zinsrahmens 20

b) Standpunkt der Literatur, insbesondere von Ripfel 21
c) Kritik des Verfassers an der Rechtsprechung 23

5. Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz: 28

a) § 1118 BGB 28
b) § 1146 BGB 30

III. Veränderungen des vereinbarten und eingetragenen Zinssatzes nach oben und unten 32

1. Die Erhöhung des Zinssatzes 32

a) Grundsatz: Inhaltsänderung nach § 877 BGB 32
b) Ausnahme: 33
aa) Keine Erhöhung bei gleichzeitigem Wegfall anderer Nebenleistungen 33
bb) § 1119 BGB 33

c) § 1119 BGB ist als Ausnahmevorschrift eng auszulegen und gilt deshalb nicht 35
aa) für andere Nebenleistungen 35
bb) für jegliche Kapitalerhöhung 35
cc) auch nicht, wenn gleichzeitig ein Teil des Kapitals gelöscht wird 35

2. Die Herabsetzung des Zinssatzes 36

2. KAPITEL:
Die Abtretung hypothekarisch gesicherter Zinsen 38

I. Grundsätzliches zur Abtrennbarkeit des Zinsenbezugs von der Hauptforderung 38
II. Praktische Fälle des Auseinanderfallens der Gläubigerschaft an Hauptforderung und Zinsenbezug: 41

1. Ursprüngliche Verschiedenheit von Kapitalgläubiger und Zinsgläubiger 41
2. Nachträgliche Änderungen: 42

a) Gläubiger tritt Hauptforderung ab unter "Vorbehalt der Zinsen" oder umgekehrt: nur Abtretung der Zinsen 42
b) Gläubiger tritt Hauptforderung und Zinsen ab, aber zu einem niedrigeren Zinssatz 43
c) Auslegungsfragen bei Vorbehalt oder Abtretung allein der Zinsen. Abgrenzung zur Nießbrauchsbestellung 43

III. Die Angabe eines Anfangszeitpunkts bei der Zinsabtretung 45
IV. Die Unterscheidung von rückständigen, laufenden und sonstigen zukünftigen Zinsen: 48

1. Rückständige Zinsen 48
2. Künftige Zinsen 49

a) laufende Zinsen 49
b) sonstige künftige Zinsen 50

V. Die Form der Übertragung und ihre Wirkung im engeren Sinne bei rückständigen und laufenden Zinsen: 51

1. Rückständige Zinsen: 51

a) Übertragung 51
b) Wirkung 53
aa) Geltung von § 404 BGB 53
bb) Geltung von § 405 BGB 54
cc) Geltung von § 406 - 408 BGB 56
dd) Geltung von § 409 BGB 58
ee) Geltung von § 410 BGB 59

c) Ist durch § 1159 II BGB nicht nur § 892 ausgeschlossen, sondern auch 59
aa) § 891 BGB 59
bb) § 893 BGB 60

2. Laufende Zinsen: 61

a) Übertragung 61
b) Wirkung 61
aa) § 405 anwendbar? 62
bb) Begründet die gesetzestechnisch verschiedene Einführung von § 892 BGB in § 1158 BGB und in § 1159 BGB auch einen sachlichen Unterschied? 62

cc) Kenntnis nur des Eigentümers schließt Einwendung aus 63
dd) Beispiel für die Anwendbarkeit von § 406 BGB 64
ee) Die Anwendung von § 407 BGB 64
ff) Kein Schutz über den Zeitraum des § 1158 BGB hinaus? 66

VI. Die Wirkung der Übertragung im weiteren Sinne: 67

1. Die schuldrechtliche Seite: 67

a) Darf Kapitalgläubiger den Zinsenbezug des Zinsgläubigers durch Einziehung der Hauptforderung hinfällig machen? 67
b) Darf Kapitalgläubiger Hauptforderung fortbestehen lassen, aber trotzdem Einfluß auf Zinsenbezug nehmen durch Erlaß von Zinsen oder Herabsetzung des Zinssatzes? 70

2. Die sachenrechtliche Seite: 73

a) Kapitalgläubiger kann durch Aufhebung oder Herabsetzung der Verzinslichkeit dem Zinsgläubiger auch die entsprechende Hypothek nehmen 73
b) Kapitalgläubiger kann bei Fortbestehen der Verzinslichkeit dem Zinsgläubiger nur über den Verzicht auf die Kapitalhypothek oder die Aufhebung der Kapitalhypothek die Zinshypothek nehmen 73
c) Fortbestand der Zinshypothek trotz Erlöschen der Kapitalhypothek? 74

3. KAPITEL:
Rang und Rangänderung bei der Zinshypothek 80

I. Grundsätzliches zum Verhältnis der Kapitalhypothek zur Zinshypothek 80
II. Der Rang der Zinshypothek bei gesetzlichem Übergang infolge Leistung durch einen letztlich nicht Verpflichteten: 80

1. Gesetzlicher Forderungsübergang bei Leistung durch Nichtschuldner 80
2. Gesetzliche Forderungsauswechslung bei Leistung durch Schuldner 81

III. Der Rang der Zinshypothek bei rechtsgeschäftlicher Abtretung der Zinsrückstandsforderung 83
IV. Sonderfall der Abtretung an Nichtablösungsberechtigten, der Gläubiger befriedigt. Kann sich Gläubiger den Vorrang seiner Kapitalhypothek vor der abgetretenen Zinsrückstandshypothek mit dinglicher Wirkung einräumen lassen? 83
V. Rangänderung der Zinshypothek bei Abtretung der künftigen Zinsen 86

4. KAPITEL:
Ist das Entstehen einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen oder sonstige Nebenleistungen denkbar? Bedeutung und Geltungsbereich von § 1178 BGB 87

I. Sinn und unmittelbarer Anwendungsbereich von § 1178 BGB: Zahlung von rückständigen Zinsen 87
II. Zahlung der Zinsen im Zeitpunkt der Fälligkeit 89
III. Weitere Fallgruppen, bei denen die über diesem Kapitel stehende Frage auftritt: 89

1. Der Eigentümer oder der vom Eigentümer verschiedene, aber nicht rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner befriedigt den Gläubiger hinsichtlich der künftigen Zinsen ganz oder teilweise im voraus.
2. Der Gläubiger verzichtet ganz oder teilweise auf den künftigen Zinsenbezug, indem die Verzinsung aufgehoben oder der Zinssatz herabgesetzt wird.
3. Der Gläubiger verzichtet lediglich auf die Zinshypothek unter Beibehaltung des vereinbarten Zinssatzes.
4. Die der Nebenleistungshypothek zugrundeliegenden Forderungen (Strafzinsen, Vorfälligkeitsentschädigung) entstehen nicht.

1. Die 4. Fallgestaltung in der Rechtsprechung: 90

a) Sachverhalt und erstinstanzliche Entscheidung des LG I Berlin 90
b) Berufungsentscheidung des KG 91
c) Revisionsentscheidung des RG 93

2. Die Stellungnahme im Schrifttum zu diesen Fallgestaltungen 94

3. Wesen und Konstruktion der Eigentümergrundschuld auf Zinsen nach der im Schrifttum h. M. 97
4. Vereinzelte Stellungnahmen in Rechtsprechung und Schrifttum gegen eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen 98

a) OLG Kiel 98
b) KG 99
c) Die Andeutungen bei Predari und Nußbaum 100

5. Kritik an der h. M. 100

a) Die Begründung der h. M. aus § 1145 II BGB 100
b) Argumente gegen die h. M. 103
aa) Das Wesen der Eigentümergrundschuld 103
bb) Die anhängselartige Regelung der Zinshypothek im BGB 104
cc) Die Unbeständigkeit sog. Eigentümergrundschulden auf Zinsen 105
dd) Die Gefährdung des Realkredits 106
ee) Die Regelung in § 1178 BGB 107

6. Gesetzestechnische Wege, mit denen die Verneinung einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen begründet werden kann: 108

a) Die Lösung des OLG Kiel: § 1163 BGB auf Zinsen nicht anwendbar 108
b) Der Vorschlag von Comte: unmittelbare Anwendung von § 1178 BGB 108
c) Die entsprechende Anwendung von § 1178 BGB 109
d) Die aufschiebend bedingte Hypothek für die Nebenleistungen 110

5. KAPITEL:
Zinsen und sonstige Nebenleistungen bei Übergang der Kapitalhypothek auf den Eigentümer gemäß §§ 1163, 1177 BGB 116

I. Die Verzinslichkeit: 116

1. Der Normalfall: Zinsvereinbarung blieb während der ganzen Laufzeit der Hypothek unverändert. § 1177 I S. 2 BGB 116
2. Abweichungen: 116

a) Hypothekar gibt während der Laufzeit der Hypothek die dingliche Sicherung der Zinsen auf 116
b) Der zunächst vereinbarte Zinssatz wird während der Hypothek verändert 116

3. Welche Konsequenzen ergeben sich aus solchen Änderungen für Verzinslichkeit und Zinssatz der übergegangenen Kapitalhypothek? 117

a) Der Wortlaut von § 1177 I S. 2 BGB 118
aa) Bestellung der Hypothek als entscheidender Zeitpunkt für Übergang der Verzinslichkeit und des Zinssatzes? 118
bb) Abstellen auf Verzinslichkeit und Zinssatz der Forderung im Zeitpunkt des Übergangs auf Eigentümer, ganz unabhängig vom zwischenzeitlichen Schicksal der Zinshypothek? 119
cc) Kann Zinsherabsetzung oder Ausschließung der Verzinslichkeit durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner Einfluß auf Verzinslichkeit der Eigentümergrundschuld haben? 119

b) Der Sinn der Regelung von § 1177 I S. 2 BGB 119

II. Die sonstigen Nebenleistungen und § 1177 I S. 2 BGB 121

6. KAPITEL:
Verzicht und Aufhebung bei der Zinshypothek unter Zugrundelegung der in den beiden vorausgegangenen Kapiteln gewonnenen Ergebnisse: 122

I. Grundsätzliches zu Verzicht und Aufhebung im Hypothekenrecht 122
II. Die Zinsrückstandshypothek: 123

1. Verzicht 123
2. Aufhebung 123

III. Die Hypothek für künftige Nebenleistungen: 125

1. "Verzicht" des Gläubigers auf dingliche Sicherung der Zinsen 126
2. Herabsetzung des Zinssatzes oder Aufhebung der Verzinslichkeit für die Zukunft 127
3. Rechtsprechung und Schrifttum zur Aufhebung der Zinshypothek 128

7. KAPITEL:
Das Verhältnis von §§ 1143, 1164 BGB zu § 1178 BGB. Der sog. Zahlungswettlauf von Schuldner und Eigentümer im Hypothekenrecht. 130

I. Bedeutung und häufiger Anwendungsfall von § 1164 BGB 130
II. § 1164 BGB bleibt bei Zahlung rückständiger Zinsen durch den ersatzberechtigten Schuldner trotz § 1178 BGB anwendbar 130

1. Ursprüngliche Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum 131
2. Wandel durch KG in OLG 31, 127 und RGZ 143, 278 131

III. § 1164 BGB und Erlöschen künftiger Nebenleistungen unter Zugrundelegung des im 4. Kapitel gewonnenen Ergebnisses: 132

1. Bei entsprechender Anwendung von § 1178 BGB 132
2. Bei aufschiebend bedingter Hypothek 132

IV. § 1143 BGB und § 1178 BGB 133

1. Eigentümer zahlt rückständige Zinsen 134
2. Eigentümer zahlt künftige Zinsen
Steht ihm insofern überhaupt ein Ablösungsrecht zu? 134

V. Die Komplizierung des unter I geschilderten Normalfalles: Zusammentreffen von § 1143 BGB und § 1164 BGB 135

1. Zahlung auf Kapitalschuld 136

a) durch Eigentümer 136
b) durch Schuldner 137

2. Zahlung auf Zinsen 138

a) durch Schuldner 138
b) durch Eigentümer 138

8. KAPITEL:
Besonderheiten bei einzelnen Typen von Hypotheken 140

I. Die Tilgungshypothek
Bedarf es der Angabe im Grundbuch oder genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, wenn eine Nebenleistung nicht aus dem jeweiligen Bestand der Schuld, sondern immer aus dem ursprünglichen Darlehensbetrag entrichtet werden soll? 140

II. Die Gesamthypothek:
Die Regreßlosigkeit der Gesamthypothek und § 1178 BGB 145

1. Keine Sondervorschriften für die Zinsen einer Gesamthypothek 146
2. Alle mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gehören einem Eigentümer 146

a) leistender Eigentümer = persönlicher Schuldner 146
b) leistender Eigentümer ist nicht gleichzeitig persönlicher Schuldner 146

3. Die belasteten Grundstücke gehören verschiedenen Eigentümern 146

a) leistender Eigentümer = persönlicher Schuldner 146
b) leistender Eigentümer ist nicht gleichzeitig persönlicher Schuldner 148

4. In den Fällen 2 b und 3 b leistet jeweils nicht der Eigentümer, sondern der ersatzberechtigte persönliche Schuldner 149
5. Zwangsweise Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke (§ 1182 BGB) 150
6. Gesamthypothek und Leistung auf künftige Nebenleistungen 151

III. Die Sicherungshypohtek: 151

1. Form der Abtretung der Forderung einer Sicherungshypothek 151
2. Wirkung der Abtretung: 152

a) Gegenstandslosigkeit von § 1158 BGB hinsichtlich der Zinsforderung 152
b) Nach wie vor Bedeutung von § 1158 für Einreden gegen die Hypothek aus § 1157 S. 1 BGB 152

IV. Die Höchstbetragshypothek: 152

1. Die Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag (§ 1190 II BGB)
Folgen: 152

a) Verzinsung nicht gesondert eintragbar 153
b) § 1178 BGB ist auf Zinsen der Höchstbetragshypothek nicht anwendbar 154

2. Die Übertragung der Zinsforderung nach § 1190 II BGB im Verhältnis zu § 1159 BGB 155
3. Die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek: § 1119 BGB 156

LITERATURVERZEICHNIS

BALSER, Heinrich, Rückständige Hypothekenzinsen, in NJW 1958, 698

BAUR, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Auflage, München und Berlin, 1966

BERG, Hermann, Haftet der Eigentümer für die Kosten der Zwangsvollstreckung in das Grundstück persönlich?, in Gruchot Beiträge, 48. Jahrgang (1904), 774

BLECKERT, W., Inwieweit ist bei Nebenleistungen einer Hypothek die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig?, in Rechtspfleger 1966, 201

BRUHN, Zu Inhalt und Form von Hypothekenbestellungs-Urkunden, in Rechtspfleger 1957, 101

BUSCH, O., Das Recht der Hypothekenschuldurkunde, in Zentralblatt für FG, Notariat und Zwangsversteigerung (ZBLFG), XII. Jahrgang 1911/12, 693

COMTE, Strafzinsen und Eigentümergrundschuld, in DRiZ 1931, 410

EBERHARD, R., Zinsen, in Gruchot Beiträge, 55. Jahrgang (1911), 472 ff. und 56. Jahrgang (1912), 30 ff.

ERMAN, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band, 3. Auflage, Münster 1962

ERWIG, Josef, Das Hypothekenrecht am Scheidewege, Essen 1955

ENDEMANN, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 9. Auflage, Berlin 1903

FELGENTRAEGER, Wilhelm, Hypothek und Grundschuld, in Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, 140 ff.

JOCHEMCZYK, Horst, Die Verzinslichkeit der aus einer Teilhypothek entstandenen (Teil-) Eigentümergrundschuld, in DNotZ 1966, 276

GOLDSCHMIDT, Robert, Die Behandlung der sog. Strafzinsen im Zwangsversteigerungsverfahren, in JW 1931, 785

GÜTHE-TRIEBEL, Kommentar zur Grundbuchordnung, 1. Band, 6. Auflage, Berlin 1936

HECK, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930

HELDRICH, Karl, Die verzinsliche Frauenhypothek, Ein Beitrag zur Lehre vom Nießbrauch an verzinslichen Forderungen, in Iherings Jahrbücher, Zweite Folge, 42. Band (78. Band der Ersten Folge), Jena 1927/28

HENKE-MÖNCH-HORBER, Kommentar zur Grundbuchordnung, 9. Auflage, München und Berlin 1966

HÖNIGER, H., Die Hypothek für abgetretenen Zinsrückstand, in ZDnotVerein 1917, 6 ff.

KAPS, Die Tilgungshypothek, in DR 1941, 409

KELLING, Klaus, Hypothek und Eigentümergrundschuld für künftige sowie nicht entstandene Zinsen und Nebenleistungen, DISS. Erlangen 1935

KEMPER, Heinz, Der Zahlungswettlauf im Hypothekenrecht (Das Verhältnis der §§ 1143, 1164, 1178 BGB zueinander), DISS. Köln 1937

KIRCHNER, Bezieht sich § 1164 BGB auch auf Zinsrückstände, in JR 1933, 276

KOHLER, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band Vermögensrecht, Zweiter Teil: Sachenrecht, Berlin 1919

KRETZSCHMAR, Abtretung der laufenden und künftigen Zinsen einer Hypothek, in LZ 1915, 113

MEIKEL-IMHOF-RIEDEL, Kommentar zur Grundbuchordnung, Band I, 6. Auflage, Berlin 1965

NUSSBAUM, Arthur, Lehrbuch des Dt. Hypothekenwesens, 2. Auflage, Tübingen 1921

NUSSBAUM, Arthur, Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung, Berlin 1919

OBERNECK, Rangstellung abgetretener Zinsrückstände. Unzulässigkeit der Eintragung im Grundbuch, in ZDNotVerein 1910, 535

OTTOW, Joachim, Rechtfertigt die Vorlage einer löschungsfähigen Quittung über die Rückzahlung nur des verzinslichen Hypothekenkapitals den Löschungsantrag des Grundeigentümers?, in JR 1956, 412

PALANDT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25. Auflage, München und Berlin 1966

PLANCK-STRECKER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dritter Band Sachenrecht,
Erste Hälfte, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
Zweite Hälfte, 5. Auflage, Berlin 1938

PREDARI, E., Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Auflage, Berlin 1913

REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR, Das Bürgerliche Gesetzbuch,
III. Band, 2. Teil Sachenrecht, §§ 1012 - 1296,
11. Auflage, Berlin 1963

RIEDEL, Fritz, Die Eintragung gleitender Zinssätze, in DNotZ 1954, 562

RIPFEL, Franz, Zur Biszinsklausel, in DNotZ 1955, 62

RIPFEL, Franz, Wann sind Hypotheken- und Grundschuldzinsen genügend bestimmt?, in DNotZ 1937, 608

SCHMILLEN, Ein Beitrag zur Klärung des § 12 des Zwangsversteigerungsgesetzes, in DJZ 106, 819

SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1959
III. Band, Sachenrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1960

v. STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band Sachenrecht,
1. Teil §§ 854-1017, 11. Auflage, Berlin 1956
2. Teil §§ 1018-1296, 11. Auflage, Berlin 1963

v. TUHR, Andreas, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerlichen Rechts,
Zweiter Band, zweite Hälfte, München und Leipzig 1918

THIELE, Wilhelm, Die angebliche Eigentümergrundschuld für nicht entstandene Strafzinsen von Hypotheken, in JW 1931, 561

WERTHEIMER, J., Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Hypothekenzinsrechtes in JW 1912, 505

WESTERMANN, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Auflage, Karlsruhe 1966

WOHLFARTH, Zinsvorbehalt und außerordentliches Kündigungsrecht, in LZ 1933, 1008

WOLF, Albert, Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches, DISS. Leipzig 1908

WOLFF-RAISER, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Auflage, Tübingen 1957

ZSCHALER, Erich, Abtrennung der Zinsen und des Zinsrechtes von der Hypothekenforderung, in LZ 1920, 284

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB

EINFÜHRUNG

1. THEMENSTELLUNG

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist in erster Linie das Recht der Hypothekenzinsen, wie es im Dritten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Sachenrecht, geregelt ist. Dabei wurde der Begriff "Hypothekenzinsen" mehr aus Gründen der leichteren Erfaßbarkeit des Themas für den Leser als zur rechtstechnisch einwandfreien Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes verwandt. Der Leser kann sich unter diesem Thema sofort etwas vorstellen. Das Gesetz kennt allerdings den Begriff "Hypothekenzinsen" nicht. Auch der Sache nach gibt es solche Zinsen der Hypothek oder noch genauer: Zinsen aus dem mit der Hypothek belasteten Grundstück nur in einem Fall, nämlich dann, wenn dem Eigentümer gegenüber die Verzugsvoraussetzungen vorliegen (§ 1146). Das Gesetz behandelt in der Hauptsache die Zinsen aus der der Hypothek zugrundeliegenden Forderung, für die das Grundbuch kraft Vereinbarung und Eintragung (§ 1115) oder kraft Gesetzes (§ 1118) haftet. Den rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen gilt im wesentlichen die Untersuchung.

Das Gesetz unterscheidet in § 1115 zwischen Zinsen und sonstigen Nebenleistungen. Eine gemeinsame Untersuchung ist nicht zwingend. Sie ist aber sinnvoll, da diese sonstigen Nebenleistungen - wie zu zeigen sein wird - denselben Vorschriften unterstellt sind wie die Zinsen und auf das gesamte Hypothekenrecht gesehen sachlich mit den Zinsen zusammen zu den Anhängseln von Hauptforderung und Hypothek gehören.

Wenn gleichwohl in dieser Arbeit meist nur von den Zinsen die Rede ist, so nur, um unnötige Wiederholungen und Umständlichkeiten (Satzungeheuer) zu vermeiden. Das für die Zinsen Gesagte gilt auch für die sonstigen Nebenleistungen, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vermerkt ist.

2. THEMENRECHTFERTIGUNG

Die hervorragende Bedeutung des Hypothekenrechts zur Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses der Gläubiger ist unbestritten, vollends in einer Zeit wie der unsrigen, in der Schulden nicht mehr als möglichst rasch zu beseitigendes Übel empfunden werden, sondern einen wesentlichen Faktor des allgemeinen Wohlstands darstellen. Man arbeitet mit Schulden. Die hypothekarische Sicherung einer Forderung ‚schützt den Gläubiger weitgehend bei Vermögensverfall des

Schuldners. Dagegen bietet das Hypothekenrecht kaum Schutz gegen schleichende Geldentwertung, Inflation und Währungsumstellungen.

Das Hypothekenrecht würde aber seine Aufgabe nur begrenzt erfüllen, wenn es sich auf die Bereitstellung einer Sicherheit für die Hauptforderung als solche beschränken würde. Eigentlicher Zweck der Geldhingabe durch den Gläubiger ist ja regelmäßig nicht die Erlangung einer dinglichen Sicherheit für das Kapital, sondern die Erzielung von Zinsen aus dem Kapital. "Das Kapital hat die Bestimmung, Zinsen zu tragen" (Motive III, S. 646). Die Zinsen einer Forderung repräsentieren nun hinsichtlich ihrer Zahlungskraft jeweils im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit ein Stück Hauptforderung und sind insofern wertbeständig, als sie die Gegenleistung für die Überlassung des Kapitals in einem verhältnismäßig kleinen Zeitraum darstellen, in dessen Verlauf eine etwaige Geldentwertung nicht so spürbar wird. Der Gläubiger kann mit den Zinsen das kaufen, was er auch mit dem betragsmäßig gleichen Teil des Kapitals zum gleichen Zeitpunkt hätte kaufen können. So fangen die Zinsen die auf lange Sicht für sich gesehen eigentlich unerträgliche etwaige Entwertung des Kapitals gleichsam immer wieder auf und machen das Kapital "bezahlt".

Das Hypothekenrecht des BGB umfaßt daher auch den dinglichen Schutz der Zinsen aus der Hauptforderung. Schon ein oberflächlicher Blick in die Vorschriften der §§ 1113 ff zeigt jedoch, daß diese sich vorwiegend mit der Hauptforderung befassen und nur anhangsweise die Zinsen behandeln, soweit der Unterschied zwischen der in ihrer Höhe mehr oder weniger feststehenden Hauptforderung und den jeweils wechselnden und immer wieder neu entstehenden Zinsansprüchen eine abweichende Regelung erfordert. Dieses gesetzessystematische Vorgehen des Gesetzgebers ist durchaus sachgerecht, wenn es auch die wirtschaftliche Bedeutung der Zinsen nicht recht deutlich werden läßt. Aus dieser Behandlung der Zinsen als Anhängsel der Hauptforderung erklärt sich aber auch, daß seit Inkrafttreten des BGB etliche Zweifel in die Zinsen betreffenden Einzelfragen aufgetreten sind, insbesondere auch darüber, ob bei einer bestimmten Frage mangels ausdrücklicher Regelung die allgemeinen Vorschriften des Hypothekenrechts anwendbar sind oder ob die Besonderheit der Zinsen eine abweichende, sei es aus den Vorschriften über die Zinsen oder aus allgemeinen Grundsätzen abzuleitende Lösung erfordert.

Der Regelung im Gesetz entspricht die Behandlung der Hypothekenzinsen im Schrifttum. Die Zinsen werden als Anhängsel erörtert und dabei in ihrer eigenständigen Bedeutung viel zu wenig beachtet. Dem Recht der Hypothekenzinsen als selbständigem und umfassendem Untersuchungsgegenstand ist nur eine, aus

dem Jahre 1908 stammende Schrift gewidmet [1]. Es liegt auf der Hand, daß sich diese 8 Jahre nach Inkrafttreten des BGB veröffentlichte Arbeit mehr mit der praktischen Anwendung der die Zinsen betreffenden Vorschriften des BGB befaßt und nur wenige der Fragen behandelt, die die Rechtsprechung und die Literatur bis heute beschäftigt haben. Teilweise geht sie auch von heute nicht mehr gültigen Voraussetzungen aus. Die vorliegende Untersuchung will daher die eigenständige Bedeutung des Rechts der Hypothekenzinsen betonen und einen Überblick über die Rechtsentwicklung der vergangenen Jahrzehnte geben. Es soll eine möglichst umfassende Darstellung der wesentlichen Streitfragen, sowohl der vergangenen wie der gegenwärtigen, gegeben werden, damit der Rechtszustand, wie er gegenwärtig besteht, im Ganzen festgehalten ist. Auf eine umfassende Schilderung der unwesentlichen und sich ohne weiteres aus dem Gesetz oder der einschlägigen Literatur ergebenden Details wurde jedoch bewußt verzichtet, um die Arbeit nicht unnötig zu überladen.

1) Albert Wolf, Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. 1908.

1. KAPITEL

DIE BEGRÜNDUNG DER DINGLICHEN SICHERUNG FÜR DIE ZINSEN UND DIE SONSTIGEN NEBENLEISTUNGEN

Vorbemerkung zum Begriff der Zinsen: Eine Legaldefinition des Begriffs "Zinsen" gibt es nicht. Das Gesetz setzt ihn als bekannt und anwendungsfähig voraus [2]. Davon geht auch die vorliegende Arbeit aus. Trotzdem soll, nachdem dieser ganzen Arbeit der Zinsbegriff zugrundeliegt, der Versuch gemacht werden, in einem Satz den aus mehreren Elementen zusammengesetzten Begriff der Zinsen zu erläutern: Zinsen sind die in einem Bruchteil des überlassenen Kapitals ausgedrückten, dem Umfang nach von der Überlassungsdauer abhängigen und meist [3] fortlaufend zu entrichtenden Vergütungen für die Überlassung des Kapitalsgebrauchs [4]. Sonach sind drei wesentliche Voraussetzungen für die Entstehung einer Zinsforderung festzustellen:

a) das Bestehen einer Hauptforderung

b) die Vereinbarung der Verzinslichkeit der Forderung und

c) der Ablauf einer Zeit.

Darin zeigt sich bereits eine starke Abhängigkeit der Zinsen von der Hauptforderung. Eine ähnliche Abhängigkeit - Akzessorietät genannt - besteht im Verhältnis der Hauptforderung zur Hypothek. Keine Hypothek ohne Forderung (§§ 1153, 1163). Da die Zinsen nur kraft der Hypothek für die Hauptforderung dinglich gesichert werden können (§§ 1113, 1115), ergibt sich für die dingliche Sicherung der Zinsen - kurz: Zinshypothek - eine doppelstufige Abhängigkeit.

Die Zinsen entstehen nur, wenn die Hauptforderung besteht. Und sie sind dinglich nur gesichert, wenn - von den in § 1115 genannten Voraussetzungen einmal abgesehen - für die Hauptforderung eine Hypothek begründet ist. Dies gilt uneingeschränkt für die künftigen Zinsen. Nicht so eindeutig ist dies jedoch für Zinsrückstände. Bei ihnen wäre es durchaus denkbar, daß sie hypothekarisch auch

---

2) vgl. z.B. §§ 246 ff.

3) Kein wesentliches Begriffsmerkmal der Zinsen ist es, daß diese in regelmäßig wiederkehrenden oder überhaupt wiederkehrenden Terminen zu leisten sind. Dementsprechend gibt es beispielsweise bei den gesetzlichen Zinsen überhaupt keine Zahlungstermine, Eberhard in Gruchot 55 (1911) S. 474

4) Danckelmann in Palandt, 1 zu § 246

dann noch gesichert sind, wenn die Hauptforderung bereits erloschen oder die Hypothek für die Hauptforderung sonstwie weggefallen ist. Da diese Frage jedoch das Erlöschen und nicht die Begründung der dinglichen Sicherung betrifft, soll sie erst an anderer Stelle [5] erörtert werden.

I. DIE UNTERSCHEIDUNG VON ZINSEN UND ANDEREN NEBENLEISTUNGEN UND IHRE AUSWIRKUNG IN DER GRUNDBUCHLICHEN PRAXIS. ABGRENZUNGSFRAGEN

1. Das Gesetz unterscheidet in § 1115 zwischen Zinsen und anderen Nebenleistungen. In dieser Formulierung kommt bereits zum Ausdruck, daß auch Zinsen Nebenleistungen i. S. des Gesetzes sind. Dies wird bestätigt durch § 224, dem unstreitig auch Zinsen unterfallen und der mit der Gegenüberstellung von Hauptanspruch und davon abhängigen Nebenleistungen bereits ein Wesensmerkmal der Nebenleistungen i. S. von § 1115 nennt: die Abhängigkeit von der Hauptforderung. Da sonach der Begriff "Nebenleistungen" der Oberbegriff von "Zinsen und anderen Nebenleistungen" ist, ist eine Abgrenzung der Zinsen von anderen Nebenleistungen nicht erforderlich. Sämtliche Nebenleistungen folgen im wesentlichen denselben gesetzlichen Vorschriften, was den dinglichen Schutz nach dem Sachenrecht betrifft [6].
Ein rechtlicher Unterschied besteht nicht [7].

---

5) 2. Kap. VI 2 c

6) vgl. §§ 224, 1145 II, 1158, 1159, 1178; wenn in §§ 197, 223 III den Zinsen nicht andere Nebenleistungen, sondern andere regelmäßig wiederkehrende (§ 197) oder wiederkehrende (§ 223 III) Leistungen zur Seite gestellt werden, so hat das seinen Grund nicht in sachenrechtlichen Regeln, sondern in den Bestimmungen über die Verjährung. Die Verjährungsfrist des § 197 soll eben nur für regelmäßig wiederkehrende Leistungen gelten und die Geltendmachung des dinglichen Rechts soll nur bei der Verjährung von Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen ausgeschlossen sein (§ 223 III). Nebenleistungen i. S. des § 1115 sind aber begriffsnotwendig weder wiederkehrende noch gar regelmäßig wiederkehrende Leistungen. § 1119 gilt seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nur für Zinsen und ist als Ausnahmetatbestand nicht erweiternder Auslegung fähig - vgl. dazu unten 1. Kap. III 1 c aa.

7) Henke in JW 1938, 50; BGH in NJW 1967, 925 (926)

Da die Hypothek für die Hauptforderung jedoch in vielen Punkten anderen Regeln folgt als die Hypothek für die Nebenleistungen, ist eine Abgrenzung zur Hauptforderung angebracht. Bei der Vielzahl der möglichen Nebenleistungen [8] läßt sie sich am besten negativ dahin geben, daß alles, was nicht Hauptforderung oder [9] Teil davon ist, zu den Nebenleistungen gehört. Mit den Zinsen haben die anderen Nebenleistungen gemeinsam, daß sie überhaupt nur entstehen können, wenn eine Hauptforderung besteht. Es ist deshalb rechtlich unmöglich, eine Hypothek mit der Nebenbestimmung zu bestellen, daß 6% aus der ins Auge gefaßten Hypothekensumme zu bezahlen sind und dinglich gesichert sein sollen, wenn der Schuldner die ihm angebotene Darlehenssumme nicht abnimmt. Dieser Verzugs- bzw. Nichterfüllungsschaden kann nur kapitalisiert und dann im Wege der Zwangshypothek eingetragen werden. Im Unterschied zu den Zinsen ist die Entstehung der anderen Nebenleistungen jedoch häufig nicht nur zeitabhängig [10], sondern bedingt durch den Eintritt einer gewöhnlich im Machtbereich des Schuldners liegenden zusätzlichen Voraussetzung [11].

2. Der Zweck des Eintragungsgrundsatzes in § 1115 I - auf den unter II dieses Kapitels noch einzugehen sein wird - geht dahin, den Höchstumfang der Gesamtbelastung des Grundstücks allein aus der Eintragung im Grundbuch ersichtlich zu machen. Durch das unterschiedliche Verlangen nach Angabe eines Zinssatzes für die Zinsen und eines Geldbetrages für andere Nebenleistungen brachte der Gesetzgeber zwar zum Ausdruck, daß er davon ausging, die anderen Nebenleistungen würden gewöhnlich in absoluten Zahlen angegeben. Die Praxis sieht aber ganz anders aus. Es ist die Regel, daß die anderen Nebenleistungen auch in Pro-

---

8) z.B. Vertragsstrafen für unpünktliche Kapital- oder Zinszahlung, Entschädigung für Rückzahlung vor Fälligkeit des Darlehens, Zinseszinsen, Verwaltungskostenbeiträge, vereinbarte Mahngebühren, weitere Angaben bei Hoche in Palandt, 5 b zu § 1115.

9) Nebenleistungen sind daher nicht die in Bruchteilen der Hauptforderung ausgedrückten Tilgungsbeträge bei den Tilgungs- und Abzahlungshypotheken; Hoche in Palandt, 5 zu § 1115, Schuster in RGRK, 20 zu § 1115, RGZ 104, 72.

10) wie die Zinsen lediglich abhängig vom Zeitablauf ist die Entstehung des sog. Verwaltungskostenbeitrages, der im Grunde auch häufig nur eine versteckte Zinsforderung darstellt.

11) so die Nichtzahlung der Zinsen bei der Entstehung von Vertragsstrafen und Zinseszinsen und die vorzeitige Rückzahlung bei der Entstehung der sog. Vorfälligkeitsentschädigung.

zenten der Hauptforderung angegeben werden. Rechtsprechung und Schrifttum haben dies gebilligt. Deshalb ist es nach der Rechtsprechung [12] und dem Schrifttum [13] auch zulässig, daß die Zinsen und anderen Nebenleistungen, soweit sie in einem Prozentsatz der Hauptforderung ausgedrückt sind, im Grundbuch mit einem Gesamthöchstbetrag - ausgedrückt in Prozenten - angegeben werden. Es genügt, daß sich die nähere Berechnung aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Dies erscheint sowohl von der Funktion des Grundbuches als auch von der Tendenz des Gesetzes her, das Grundbuch nicht durch unnötige Eintragungen schwer lesbar und unübersichtlich zu machen, zweckmäßig.

Angesichts dieses engen Zusammenhangs zwischen Zinsen und anderen Nebenleistungen und angesichts der Bedeutung des Eintragungsgrundsatzes überhaupt muß eine Entscheidung des OLG Frankfurt [14] als wenig glücklich und gewiß nicht sachgerecht bezeichnet werden, nach der der Rangvorbehalt für eine Hypothek von DM 3.000,-- "nebst bis zu 10% Zinsen" nicht den Verwaltungskostenbeitrag von 1 1/2% umfaßt, der "unter Ausnutzung des Vorranges" zusammen mit einer Hypothek von DM 3.000,-- nebst bis zu 7% Zinsen eingetragen werden soll.

Das OLG Frankfurt stützt seine Entscheidung allein auf § 1115 I, wonach klar zwischen Zinsen und anderen Nebenleistungen unterschieden werde. Unter den Begriff "Nebenleistungen" fielen zwar auch Zinsen, nicht jedoch unter den Begriff "Zinsen" andere Nebenleistungen. Nur ein Vorbehalt für "Nebenleistungen" habe Zinsen und Verwaltungskosten bis zum genannten Höchstbetrag umfassen können.

Schon der Ausgangspunkt des OLG Frankfurt muß in Frage gestellt werden. Das Gericht nimmt ohne jede Begründung an, daß sedes materiae für die zu entscheidende Frage nur § 1115 sei. Nun ist aber der Rangvorbehalt in § 881 deutlich "vor die Klammer" all der Rechte gesetzt, für die ein Rang vorbehalten werden kann. § 881 besagt für den vorliegenden Fall das Entscheidende, daß nämlich der Eigentümer sich vorbehalten kann, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht

---

12) RG in JW 1938, 50.

13) Bruhn in R-pfleger 1957, 101 (103), Schuster in RGRK, 19 zu § 1115, Scherübl in Staudinger, 25 r zu § 1115; zu Unrecht glaubt das LG Hamburg in R-pfleger 1957, 114, dem Interesse an einer hinreichenden Klarheit des Grundbuchinhalts zu entsprechen, wenn es verlangt, daß die Zinsen und die anderen Nebenleistungen im Eintragungsvermerk grundsätzlich getrennt werden. Gerade umgekehrt soll der Grundbuchinhalt dadurch klar erhalten werden, daß er nicht weiter spezifiziert wird, als es das Eintragungsprinzip erfordert.

14) in NJW 1964, 669 = R-pfleger 1963, 376

vor dem mit dem Vorbehalt belasteten Recht eintragen zu lassen. Diese Formulierung ist eindeutig dahin zu verstehen, daß das Recht nur dem Umfange nach, nicht aber im einzelnen bestimmt sein muß. Zwar mag in Einzelfällen nur durch einen Vorgriff auf die Regeln über das vorbehaltene Recht festzustellen sein, ob der vom Eigentümer beantragte Rangvorbehalt ein dem Umfange nach bestimmtes Recht bezeichnet. Denn nur diese Vorschriften geben an, was zur Bestimmung eines Rechts gehört. Eines solchen Vorgriffs bedurfte es im vorliegenden Fall nicht, da der Rangvorbehalt für eine Hypothek von DM 3.000,-- nebst bis zu 10% Zinsen inhaltlich und umfänglich ausreichend bestimmt ist. Bei der Eintragung des vorbehaltenen Rechts selbst brauchte daher nur geprüft werden, ob Vorbehalt und beantragte Eintragung dem Umfange nach übereinstimmen. Zwei Gründe sind es, weshalb das vorbehaltene Recht dem Umfange nach zu bestimmen ist: einmal sollen die, die dem vorbehaltenen Rang nachfolgende Rechte haben oder erwerben wollen, genau feststellen können, was ihnen möglicherweise einmal vorgeht. Zum anderen soll das Grundbuchamt bei der späteren Eintragung des vorbehaltenen Rechts ohne weiteres die Feststellung treffen können, daß Vorbehalt und einzutragendes Recht übereinstimmen. Beides ist hier der Fall. Nachfolgende Rechtsinhaber wissen genau, daß ihnen eine Hypothek von DM 3.000,-- zuzüglich 10% vorgeht. Ob die 10% nun Zinsen oder andere Nebenleistungen sind, liegt ganz außerhalb ihres Interessenbereichs und somit auch des Normzwecks von § 881. Und der Grundbuchbeamte kann bei der Eintragung ohne Schwierigkeit die Übereinstimmung in der Gesamtbelastung sehen. Deshalb wäre schon allein auf Grund der Vorschrift des § 881 die beantragte Hypothek einzutragen gewesen.

Aber auch wenn man in der Entscheidung dieser Frage auf § 1115 I abstellt, so kann die Entscheidung des OLG Frankfurt keine Zustimmung finden. Das Gericht hat hier allerdings den Wortlaut von § 1115 I für sich. Auch hätte ein Rangvorbehalt für "Nebenleistungen bis zu insgesamt 10%" jegliche Auslegungsschwierigkeiten erspart. Es bleibt jedoch unbefriedigend, wenn man den Rangvorbehalt für "bis zu 10% Zinsen" unabänderlich nur für Zinsen gelten läßt. Der Schutz der gleich- und nachstehend Berechtigten erfordert diese Beschränkung nicht. Für sie ist lediglich entscheidend, daß die Belastungswirkung gleich bleibt. Das ist sicher dann der Fall, wenn neben den Zinsen eine weitere, ebenfalls in einem Prozentsatz von der Hauptforderung ausgedrückte und ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen als des Zeitablaufs entstehende Nebenleistung wie der Verwaltungskostenbeitrag eingetragen wird [15].

---

15) so auch Schmitz-Valckenburg in NJW 1964, 1477 und Haegele im Dt. R-pfleger 1963, 377 in ablehnenden Anmerkungen zu der Entscheidung des OLG Frankfurt. Mit dem argumentum a maiore ad minus wird man aber auch eine Aufspaltung des Vorbehalts für Zinsen in Zinsen und solche Neben-

Daß der gleichbleibende Umfang der Belastung entscheidend ist, zeigt auch die zu § 1119 allgemein vertretene Ansicht [16], nach der eine Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehend Berechtigten nur erforderlich ist, wenn die Änderung des Grundbuchinhalts eine Gesamtmehrbelastung zur Folge hat. An einer Erweiterung fehlt es aber, wenn beispielsweise 6% Zinsen aufgespalten werden in 4 1/2% Zinsen und 1 1/2% Verwaltungskosten. Man kann daher den Grundsatz aufstellen, daß die Umwandlung von Zinsen in Nebenleistungen und umgekehrt nicht der Zustimmung der gleich- und nachrangig Berechtigten bedarf, wenn die Gesamtbelastung gleichbleibt [17]. Zwar gilt dies in erster Linie für bereits eingetragene Grundpfandrechte. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum es beim Rangvorbehalt anders sein soll, dessen Bedeutung doch gerade darin liegt, den besseren Rang für ein Grundpfandrecht mit einem bestimmten Gesamtumfang vorzubehalten, von dem der Eigentümer im Zeitpunkt der Eintragung des Vorbehalts oft nur den Betrag der Hauptforderung kennt, im übrigen aber nicht weiß, zu welchen Bedingungen im einzelnen er diesen Betrag erhalten wird. Dieser Ungewißheit über die Ausgestaltung des Rechts an der vorbehaltenen Stelle im einzelnen wird man nur gerecht, wenn man eine Umwandlung der vorgesehenen Nebenleistung in eine andere Nebenleistung im Rahmen des Höchstvorbehalts zuläßt.

Wie zufällig das Ergebnis dieser OLG-Entscheidung ist, sieht man schließlich auch daran, daß es für die Beteiligten - hätten sie die Schwierigkeiten, die ihrem Eintragungsantrag später gemacht wurden, vorausgesehen - wohl ein Leichtes gewesen wäre, die für sie ungünstige Entscheidung des Gerichts einfach dadurch zu

---

Fortsetzung der Fußnote 15)
leistungen zulassen können, die vom Eintritt besonderer Bedingungen abhängig sind, wie etwa die in Prozenten ausgedrückte Vertragsstrafe bei verspäteter Kapital- oder Zinszahlung oder die Vorfälligkeitsentschädigung bei Rückzahlung vor Fälligkeit. Denn in diesen Fällen ist die Belastungswirkung sogar geringer als sie nach dem Vorbehalt möglich ist, weil der Vorbehalt nur ausgeschöpft wird, wenn die weiteren Bedingungen eintreten.

16) KGJ 24 A 130, KG in OLG 4, 438, Hoche in Palandt, 2 a zu § 1119; Scherübl in Staudinger, 3 zu § 1119, Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 877 und 1 zu § 1119.

17) darauf hebt auch Schmitz-Valckenburg (N 15) entscheidend ab. Eine Änderung der Gesamtbelastung tritt abgesehen von den Fällen, in denen bestehende Nebenleistungen erhöht oder wenn Nebenleistungen begründet werden, insbesondere auch dann ein, wenn bedingte Nebenleistungen durch unbedingte ersetzt werden, KG JFG 11, 235.

umgehen, daß sie nach außen hin auch die 1 1/2% Verwaltungskosten als Zinsen deklarierten und statt 7% plus 1 1/2% gleich 8 1/2% Zinsen eintragen ließen. Eine Entscheidung aber, die so der Willkür der Beteiligten ausgesetzt ist, sollte ein Gericht ohnehin nach Möglichkeit vermeiden.

II. DER EINTRAGUNGS- UND BESTIMMTHEITSGRUNDSATZ

Eine Hypothek kann nur für eine bestimmte Geldsumme begründet werden (§ 1113). Deshalb nennt § 1115 I 1. Halbsatz die Bestandteile, die eine Geldsumme bestimmt machen und ins Grundbuch einzutragen sind. Der Grund hierfür ist leicht zu erkennen: das Grundbuch soll klare Auskunft darüber geben, welche Belastungen auf einem Grundstück ruhen. Zu diesen Bestandteilen gehört auch der vereinbarte Zinssatz, der gewöhnlich - aber nicht notwendig - in einem Hundertsatz der Hauptforderung ausgedrückt wird. "Im übrigen kann" - so lautet § 1115 I 2. Halbsatz - "zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden".

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist streitig, inwieweit zur Bezeichnung der Zinsforderung auch die Angabe des Zinsbeginns in der Eintragungsbewilligung erforderlich ist und welche Konsequenz aus dem Fehlen einer solchen Angabe zu ziehen ist.

Bei isolierter Betrachtung der Zinsforderung leuchtet ohne weiteres ein, daß zu ihrer näheren Bestimmung nicht nur die Größe der Hauptforderung, sondern auch der Zeitpunkt bekannt sein muß, von dem ab die Zinsen gerechnet werden sollen. Nur so läßt sich für jedes beliebige Datum nach diesem Zeitpunkt die Höhe der bis dahin aufgelaufenen Zinsen und somit der Umfang der Hypothek errechnen. Kennt man den Verzinsungsbeginn nicht, so läßt sich nicht sagen, ob in einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt Zinsen entstanden sind, für die das Grundstück haftet, und in welcher Höhe. Zur Bezeichnung der Zinsforderung gehört also sicher die Angabe des Zinsbeginns [18]. Etwas anderes kann aber auch nicht gelten,

18) Dabei kann der Anfangszeitpunkt auch in anderer Weise als durch Benennung eines bestimmten Kalendertages bezeichnet werden, KG in HRR 1930, Nr. 1457, Güthe-Triebel § 19 Bem. 66, Schuster in RGRK, 26 zu § 1115. Es muß aber gewährleistet sein, daß jeder Dritte allein aus dem Grundbuch und den bei diesem befindlichen Unterlagen in Verbindung mit allgemein bekannten Erkenntnisquellen ersehen kann, von wann ab der Zinslauf beginnt, Baur in Soergel-Siebert, 20 zu § 1115.

wenn man das Augenmerk auf die Gesamtbelastung mit Hauptforderung zuzüglich Zinsforderung richtet, wie dies in § 1115 I mit der beide Forderungsteile zusammenfassenden Formulierung "Forderung" vorausgesetzt ist. Denn die Zinsen sind der Hauptgrund für die Hingabe des Kapitals und somit ein wesentlicher Teil der Hypothek.

Die absolut h. M. [19] in Rechtsprechung und Schrifttum steht dementsprechend auch grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß der Zinsbeginn in der Eintragungsbewilligung angegeben werden muß. Auch die Motive sind so zu lesen, daß der Anfangstag der Verzinsung in die Eintragungsbewilligung aufgenommen werden

19) KGJ 24 A 128; 46 A 240; KG OLG 45, 201; KG in HRR 1930, Nr. 978; Güthe-Triebel, 66 zu § 1115; Wolff-Raiser, Fußnoten 17 und 20 zu § 133, Hoche in Palandt, 5 a zu § 1115; Schuster in RGRK, 26 zu § 1115; Bruhn in R-pfleger, 1957, 101. Nicht recht deutlich ist der Standpunkt des OLG Köln in NJW 1960, 1108. Zu Unrecht wird dort aus RGZ 62, 375 eine zur h. M. gegensätzliche Ansicht herausgelesen. Das RG befaßt sich in dieser Entscheidung nur ganz beiläufig im letzten Halbsatz (!) mit dieser Frage und zwar nur in dem Sinne, daß die Angabe des Zinsbeginns und der Zinstermine nach § 1115 nicht wesentliche Voraussetzung der Eintragung einer Hypothek sei. Aus dem Zusammenhang ergibt diese Bemerkung nur soviel, daß der Anfangstag und die Termine nicht im Grundbuch eingetragen werden müssen. Das steht nämlich in § 1115 und ist auch allgemeine Meinung. Mehr gibt RGZ 62, 379 nicht her. In diesem Sinne legt sich auch das RG selbst in der späteren Entscheidung RGZ 136, 232 (236) aus, wo es unentschieden sein läßt, ob die Angabe des Verzinsungsbeginns im Grundbuch überhaupt entbehrlich ist, "wie in einer älteren Entscheidung des erkennenden Senats (RGZ 62, 375, 379) beiläufig für eine verzinsliche Hypothek angenommen worden ist".
Ebenso unrichtig wird von Scherübl in Staudinger, 25 o zu § 1115, Bruhn in R-pfleger 1957, 103, dahin interpretiert, daß er die Eintragung des Verzinsungsbeginns im Grundbuch verlange. Liest man die Ausführungen von Bruhn, so wird deutlich, daß er nur eine mittelbare Eintragung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung verlangt. Der Anfangszeitpunkt muß also auch nach Bruhn nur in der Eintragungsbewilligung stehen. Diese Unklarheiten sind also nur darauf zurückzuführen, daß Eintragung im Grundbuch und Angabe in der Eintragungsbewilligung vermengt werden.

muß [20]. Es fragt sich aber, wie sich dieser grundsätzliche Standpunkt in der täglichen Praxis der Grundbuchämter bewährt, in der es nicht selten vorkommen wird, daß die Eintragungsbewilligung nichts über den Zinsbeginn enthält. Das RG hat in einer grundlegenden Entscheidung [21] zu der Frage Stellung genommen, ob bei der Eintragung einer verzinslichen Grundschuld mangels eines sonstigen Vermerks der Eintragungstag als Angabe des Verzinsungsbeginns gelten kann. Das RG hat dies bejaht. Auch Eintragungsanträge seien nach § 133 auslegungsfähig [22]. Es sei zwar zulässig, den Anfang der Grundschuldverzinsung auf einen vor oder nach der Eintragung liegenden Zeitpunkt festzusetzen. Das sei aber ungewöhnlich. Deshalb könne in der Regel das Fehlen einer Angabe des Zinsbeginns dahin ausgelegt werden, daß die Zinsen ab der Eintragung laufen. Das RG kommt so - etwas überspitzt formuliert - zu dem Ergebnis, daß auch mangels jeglichen Vermerks über den Zinsbeginn eine ausreichende Angabe des Anfangs der Zinspflicht in der Grundbucheintragung selbst enthalten sei. Das OLG Köln hat sich dem RG in einer ebenfalls zu einer verzinslichen Grundschuld ergangenen Entscheidung [23] angeschlossen.

Bei der Würdigung dieser Rechtsprechung ist als erstes festzuhalten, daß beide Entscheidungen zu Grundschuld- und nicht zu Hypothekeneintragungen ergangen sind. Das OLG Köln hat es deshalb auch ausdrücklich dahin gestellt sein lassen, ob die von ihm vorgenommene Auslegung auch dann möglich ist, wenn es sich um den Zinsbeginn einer Hypothek handelt. Zu Recht haben beide Entscheidungen darauf abgehoben, daß es bei einer Grundschuld ungewöhnlich ist, den Verzinsungsbeginn auf einen vor oder nach der Eintragung der Grundschuld liegenden Zeitpunkt zu vereinbaren. Denn die Grundschuld entsteht mit der Eintragung ins Grundbuch (§§ 1191, 873). Sie setzt im Gegensatz zur Hypothek keine zu sichernde Forderung voraus und entsteht im Falle einer sog. Sicherungsgrund-

---

20) Motive III, 643. Wenn dort steht, daß für die Eintragung ein praktisches Bedürfnis nicht erfindlich sei, so bezieht sich das nach dem Satz davor auch nur auf die Eintragung im Grundbuch. Denn dort ist von dem früheren preußischen Recht gesagt, daß nach ihm der Anfangstag der Verzinsung in der Eintragungsbewilligung anzugeben wäre, was nach diesem preuß. Recht zwingend zur Folge hatte, daß der Tag auch ins Grundbuch eingetragen wurde. Auf diesen Zusammenhang weist schon Bruhn hin (N. 19).

21) RGZ 136, 232.

22) Auf die Frage, ob Eintragungsanträge in Bezug auf den Verzinsungsbeginn überhaupt auslegungsfähig sind, soll hier nicht näher eingegangen werden. Bejahend: RGZ 136, 232, OLG Köln in NJW 1960, 1108; verneinend: Bruhn (N. 19).

23) OLG Köln in NJW 1960, 1108.

schuld selbst dann, wenn die zu sichernde Forderung nicht entstanden ist. So mag es in der Mehrzahl der Fälle dem Parteiwillen entsprechen, daß die Grundschuld von ihrer Eintragung an verzinslich ist.

Im übrigen stellt diese Rechtsprechung eine bedenkliche Aufweichung des expressis verbis nirgends bestrittenen Grundsatzes dar, daß der Verzinsungsbeginn in der Eintragungsbewilligung anzugeben ist. Diese Aufweichung würde vor allem deutlich, wenn man diese Auslegung auch bei der Hypothek zuließe. Im Gegensatz zur Grundschuld ist die Hypothek forderungsabhängig, und es wird nicht die Hypothek als solche, sondern die ihr zugrundeliegende Forderung verzinst. Hier ist es sehr wohl denkbar, daß die Forderung samt Zinspflicht bereits vor der Eintragung entstanden ist oder daß die Hypothek erst nach der Eintragung valutiert wird, die Zinspflicht also überhaupt erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen kann. Geradezu am unwahrscheinlichsten für den Beginn der Zinspflicht nach dem zu vermutenden Parteiwillen ist jedenfalls der Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek. Denn die Hingabe des Darlehens zu der Hypothek wird kaum einmal genau mit der Eintragung der Hypothek zeitlich zusammenfallen. Die Beteiligten kennen den Zeitpunkt der Eintragung nicht im voraus, da er ein behördeninterner Termin ist. So wird die Hingabe des Darlehens meist der Eintragung der Hypothek nachfolgen. Dann aber ist für einen auf den Tag der Eintragung gerichteten Parteiwillen gar kein Raum, weil Zinsen überhaupt erst ab Bestehen der Hauptforderung entstehen können. Zwar wäre es unschädlich, wenn mangels Angabe des Zinsbeginns der Zeitpunkt der Eintragung als Parteiwille angesehen würde. Der Zeitpunkt der Eintragung wäre aber regelmäßig ein willkürlich herausgegriffener Termin, der nicht durch Auslegung ermittelt werden könnte, sondern unterstellt würde, damit die Vereinbarung der Verzinslichkeit nicht an der fehlenden Angabe des Zinsbeginns scheitert. Gewollt kann nämlich von den Parteien immer nur der Termin sein, von dem ab Zinsen rechtlich entstehen können und tatsächlich auch entstehen. Das aber ist der der Hingabe des Geldes, nicht der der Eintragung der Hypothek.

Auf die Hypothek läßt sich daher die Rechtsprechung des RG und des OLG Köln zur Grundschuld nicht in der Weise übertragen, daß auch durch Auslegung der Zeitpunkt der Eintragung als Parteiwillen festgestellt wird. Damit ist aber noch nicht geklärt, was mit Eintragungsbewilligungen geschehen soll, die keinen Zeitpunkt für den Zinsbeginn enthalten. Die eleganteste Lösung wäre die, daß der Grundbuchbeamte eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO erläßt und der die Eintragung Bewilligende den Zinsbeginn daraufhin nachbringt. Aber auch wenn die Hypothek ohne diese Korrektur eingetragen wird, so hat das natürlich nicht

zur Folge, daß die Hypothek nichtig ist [24]. Denkbar wäre allenfalls, daß die Zinshypothek nicht wirksam geworden ist. Aber auch diese Konsequenz erscheint reichlich schwerwiegend für einen derartigen Mangel der Eintragungsbewilligung. Will man die genannte Rechtsprechung in entsprechender Anwendung auf die Hypothek übertragen, so wäre der Zeitpunkt der Hingabe des Darlehens als dem Parteiwillen gewöhnlich entsprechender Zeitpunkt für den Zinsbeginn zu wählen. Dieser Zeitpunkt hat viel für sich, da frühestens von da an die Zinsverpflichtung laufen kann. Es fragt sich nur, ob eine derartige Angabe in der Eintragungsbewilligung bestimmt genug ist im Sinne des Grundsatzes, daß der Beginn des Zinslaufes angegeben werden muß [25]. Außerdem bleibt ein erheblicher Rest von Unbehagen bei den Fällen, in denen sich herausstellt, daß dem Parteiwillen gerade nicht die allgemeine Auslegung entsprach, sondern eine abweichende Vereinbarung über den Zinsbeginn bei dieser dinglichen Sicherung der Zinsen zugrundelag. Denn man müßte ausgerechnet in diesen Fällen, in denen sich die Vertragspartner wenigstens Gedanken über den Beginn der Verzinsung gemacht haben, zu dem Ergebnis kommen, daß eine Hypothek für die Zinsen nicht zustande gekommen ist.

Aus allen diesen Gründen erscheint es nicht nur praktikabler, sondern auch aufrichtiger, von dem Versuch, per Auslegung zu einer Bestimmung des Zinsbeginns zu kommen, abzurücken und den schon aus den Motiven heraus belegbaren Grundsatz, daß der Zeitpunkt des Zinsbeginns in der Eintragungsbewilligung angegeben werden muß, dahin einzuschränken, daß dies nur für die Fälle gelten soll, in denen zwischen den Parteien etwas von der Norm Abweichendes vereinbart wurde [26]. Da die Hingabe des Geldes als Zinsbeginn zu ungewiß und nicht aus dem Grundbuch samt Grundakten oder sonst allgemein zugänglichen Unterlagen mit Sicherheit ersichtlich ist, sollte als Norm der Zeitpunkt der Eintragung entscheidend sein. Zwar ist dies bei der Hypothek kaum jemals der Zeitpunkt, in dem die Zinsverpflichtung zu laufen beginnt. Damit wird aber hinsichtlich der Zeit vor der Eintragung klargestellt, daß Zinsen aus diesem Zeitraum nicht gesichert sind, und für die Zeit nach der Eintragung ist die Wahl dieses Zeitpunkts

---

24) Bei Nichteintragung des Zinssatzes oder sonstiger Nebenleistungen ist nur das Nichteingetragene nichtig, RGZ 133, 229; Schuster in RGRK, 6 zu § 1115; Scherübl in Staudinger, 25 o zu § 1115; Meikel-Imhof-Riedel, Bem. 325 zu § 3 Anl. I.

25) Bejahend KG in HRR 1930, Nr. 1457; Hoche in Palandt, 5 a zu § 1115; wohl auch Scherübl in Staudinger, 25 o zu § 1115.

26) In dieser Richtung ist Hoche in Palandt, 5 a zu § 1115 wenigstens dem Wortlaut nach zu verstehen, wo es heißt: "Zinsbeginn ist anzugeben; wenn nichts vermerkt ist, maßgebend Eintragung der Hypothek".

auch dann unschädlich, wenn die Hauptforderung und somit die Zinsverpflichtung erst später entstehen, denn infolge der Akzessorietät der Hypothek entsteht ohne Zinsforderung auch keine Zinshypothek. Die Klarheit des Grundbuches ist damit gewahrt, die Gläubiger können den Umfang der Belastung auch hinsichtlich der Zinsen ohne weiteres errechnen und die Vertragspartner tragen nur das Risiko, daß im Falle einer von der Norm abweichenden Vereinbarung das Vereinbarte zwar nicht gilt, aber wenigstens das der Norm Entsprechende als ein Weniger aufrechterhalten bleibt. Sollte im Einzelfall die Norm weitergehend sein als das Vereinbarte, weil etwa die Zinsen erst von einem nach der Eintragung der Hypothek und nach Entstehen der Zinsforderung liegenden Zeitpunkt an dinglich gesichert werden sollen, so gilt unter den Vertragspartnern nur das schuldrechtlich Vereinbarte. Ein gutgl. Erwerb der Zinshypothek bei Abtretung der Zinsen bald nach Entstehen der Hypothek wird in der Regel an den §§ 1158, 1159 scheitern, wonach sich das Rechtsverhältnis: Eigentümer - Zessionar auch in dinglicher Hinsicht nach Schuldrecht richtet.

2. Ebenfalls in die Eintragungsbewilligung aufzunehmen sind die sonstigen Vereinbarungen über die Zinsen, soweit sie von den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Das gilt in erster Linie für die Zinszahlungstermine (§ 608) und die Zahlungsbedingungen bezüglich Zeit und Ort der Zinszahlung (§§ 267-271).

3. Bei der Erörterung unter 1. wurde als zulässig unterstellt, den Anfang der Hypothekenverzinsung auf einen vor der Eintragung liegenden Zeitpunkt festzusetzen. Dies entspricht auch der h. M. in Rechtsprechung [27] und Schrifttum [28]. Das bedeutet, daß durch eine am 1. 6. 1967 eingetragene Hypothek auch Zinsen aus der Zeit vor dem 1. 6. 1967 dinglich gesichert werden können, wenn die Forderung schon vorher bestanden hat und Zinsen erwachsen sind. Eine rückwärtige Grenze wird allerdings durch § 197 in Verbindung mit § 223 III gesetzt, so daß nur im Zeitpunkt der Eintragung noch nicht verjährte Zinsen der Zinshypothek unterfallen können.

Auf dieser Grundauffassung baut folgende Fallgestaltung [29] auf, die die Praxis gelegentlich beschäftigt: es wird ein Darlehen gegeben, für das eine Hypothek bestellt werden soll, verzinslich zu 2-6% jährlich. Nach der Eintragungsbewilligung

27) RGZ 136, 232, OLG Köln im NJW 1960, 1108.
28) Westermann, § 96 II 2 a ee, Scherübl in Staudinger, 25 o zu § 1115.
29) Entnommen der Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 1953, 464.

ist die Schuld normalerweise nur mit 2%, beim Eintritt gewisser Voraussetzungen (z.B. Nichterreichen des mit dem Darlehen verfolgten Zwecks) aber rückwirkend vom Tage des Empfangs ab mit 6% jährlich zu verzinsen; in diesem Fall sind die bereits entrichteten Zinsen anzurechnen. Da auch nur bedingt geschuldete Zinsen im Falle ihrer Entstehung dinglich gesichert sein sollen, wird der Eintragungsantrag so gestellt, daß die bedingten Zinsen "mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Darlehenshingabe" eingetragen werden sollen.

Das OLG Stuttgart hat eine solche Eintragung für zulässig erachtet. Die Unterinstanzen hatten sie unter Hinweis auf § 159 abgelehnt. Nach dieser Vorschrift hat eine an den Eintritt einer Bedingung geknüpfte Rückwirkung nur schuldrechtliche Wirkung. Die Auffassung des OLG Stuttgart ist von § 159 her nicht zu beanstanden. Zu Recht geht das OLG Stuttgart davon aus, daß die Parteien für die aufschiebend bedingte Zinsforderung von 4% (Differenz zwischen 2% und 6%) eine ebenso aufschiebend bedingte Hypothek bestellen wollen [30]. Diese Hypothek entsteht dann vollwirksam erst mit dem Eintritt der Bedingung. Zwar ist eine Rückwirkung in dem Sinne, daß die Hypothek nachträglich mit Wirkung schon vom Zeitpunkt der Darlehenshingabe an entstehen soll, in der Tat nach § 159 dinglich nicht möglich. Das ist von den Parteien aber auch gar nicht gewollt. Sie beabsichtigen nur, daß bei Eintritt der Bedingung die Zinshypothek in einem Umfang besteht, der die seit der Hingabe des Darlehns dazugekommene Zinsdifferenz von 4% mit umfaßt. Darin liegt keine Rückwirkung der Hypothek. Wenn es in der Rechtsprechung für zulässig gehalten wird [27], daß der Zinsbeginn der Hypothek auf einen vor der Eintragung liegenden Zeitpunkt festgesetzt wird, dann muß es auch zulässig sein, bei einer bedingten Hypothek den Zinsbeginn auf einen vor dem Eintritt der Bedingung liegenden Zeitpunkt festzusetzen. Dies umso mehr, als im ersten Fall die Zinsen aus der Zeit vor der Eintragung regelmäßig auch schon in diesem Zeitraum fällig geworden sind, während die bedingten Zinsen überhaupt erst mit dem Eintritt der Bedingung entstehen und auch erst von da an

---

30) Das OLG Stuttgart hält es a. a. O. aber auch für möglich, für die bedingte Zinsforderung eine unbedingte Hypothek zu bestellen, bei der die dingliche Belastung sofort entsteht, aber erst beim Eintritt der Bedingung den Charakter einer Hypothek hat. Es folgert dies aus § 1113 II. Ist das richtig, so entfällt allerdings das Problem der rückwirkenden dinglichen Belastung (§ 159). Es ist aber sehr die Frage, ob § 1113 II auf Nebenleistungen überhaupt anwendbar ist und ob nicht der Grundgedanke des § 1178 das Entstehen jeglicher Eigentümergrundschuld aus Nebenleistungen verhindert. Doch dazu kann erst unten im 4. Kapitel Stellung genommen werden.

dinglich gesichert werden können durch eine valutierte Hypothek. Von dem Bedingungseintritt an läuft deshalb auch erst die Verjährungsfrist des § 197 [31].

Ein Einwand gegen diese Entscheidung des OLG Stuttgart soll nicht unerwähnt bleiben. Durch derartige Eintragungen erhält die Zinshypothek unter Umständen ein Gewicht, das vom Gesetzgeber nicht gewollt und schon gar nicht vorausgesehen ist. Aus den Vorschriften über die Verjährung (§§ 197, 223 III, 224) und über das Erlöschen der Hypothek für Rückstände von Zinsen (§ 1178) ist zu entnehmen, daß die Zinshypothek nicht das Gewicht der Hypothek für die Hauptforderung erhält, sondern mehr ein Anhängsel für die Kapitalhypothek sein sollte. Stellt man sich aber beim Fall des OLG Stuttgart vor, daß die Bedingung erst nach einigen Jahren eintritt, so kann plötzlich eine Zinshypothek entstehen, die einen im Verhältnis zur Kapitalhypothek beträchtlichen Umfang hat. Dadurch, daß die Zinsforderung teilweise erst bei Eintritt der Bedingung fällig wird, können auch Zinsen zur Zinshypothek gehören, die, wäre die Hypothek von Anfang an zu 6% verzinslich gewesen, inzwischen entweder bezahlt oder gemäß §§ 197, 223 III verjährt oder wenigstens der Verjährung schon sehr nahegerückt wären. Es bleibt eine offene Frage, ob sich das OLG Stuttgart dieser Konsequenz seiner Entscheidung bewußt gewesen ist oder diese gar nicht gesehen hat.

4. Die Zulässigkeit sog. gleitender bzw. beweglicher Zinssätze

Bis in die jüngste Zeit hinein streitig ist die Frage, ob nur ganz feste Zinssätze oder auch veränderliche Zinssätze ins Grundbuch eingetragen werden können. Angesichts des prägnanten und knappen Wortlauts von § 1115 I könnte man meinen, daß nur die Angabe eines gleichbleibenden und nur im Wege der Grundbuchänderung nach § 877 in Verb. mit §§ 873, 874, 876 zu ändernden Zinssatzes dem Eintragungs- und Bestimmtheitsgrundsatz entspricht. Die heutige Lage am Kapitalmarkt verlangt aber nach einer beweglicheren und der jeweiligen Marktsituation leichter anpaßbaren Handhabung der Änderung des Zinssatzes nach oben und unten. Sie verträgt eine Zementierung des über Jahre oder gar Jahrzehnte gleichbleibenden Zinssatzes nicht mehr. Der Geldwert wird viel genauer und an mehr differenzierten Maßstäben als früher gemessen. Die Kredite, insbesondere die Bankkredite, stammen kaum noch von einzelnen Privatpersonen, sondern von juristischen

---

31) vgl. Danckelmann in Palandt, 1 zu § 198: Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist die vollwirksame Entstehung, also der Eintritt der aufschiebenden Bedingung.

Personen des öffentlichen wie des privaten Rechts. Es besteht daher in der Praxis ein lebhaftes Interesse [32], die Zinsklausel beweglich zu halten und den Zinssatz ohne großen Formzwang der jeweiligen Situation im Kreditverkehr anpassen zu können. Schuldrechtlich macht ein solcher beweglicher Zinssatz keine Schwierigkeiten. Dagegen tritt seine Verdinglichung in Widerstreit zum Bestimmtheitsgrundsatz des BGB. Die Rechtsprechung ist dabei dem Bedürfnis der Praxis - teils unter bewußter Hintanstellung dogmatischer Gesichtspunkte - weitgehend entgegengekommen. An dieser Stelle sind Entwicklung und Stand der Rechtsprechung aufzuzeigen, die Stellungnahme der Literatur anzuschließen und schließlich eine zusammenfassende Beurteilung abzugeben.

a) Obergerichtliche Rechtsprechung zu diesem Fragekreis gibt es schon seit Beginn der dreißiger Jahre unseres Jahrhunderts. Allerdings nur zum einfachsten Fall des gleitenden Zinssatzes, zur automatischen Angleichung an den Reichsbankdiskontsatz. Im übrigen ist die Eintragung andersartiger beweglicher Zinssätze eine Massenerscheinung in der grundbuchlichen Praxis geworden, ehe die Rechtsprechung durch grundsätzliche Urteile Klarheit geschaffen hat. Die grundbuchliche Praxis war der Rechtsprechung lange Zeit voraus. Mit Recht wurde daher auf das ungute Gefühl aufmerksam gemacht [32], das man angesichts der Tatsache haben mußte, daß die Grundbuchämter meist recht großzügig in der Eintragung beweglicher Zinssätze verfuhren, obwohl die Rechtsgültigkeit derartiger Klauseln keineswegs feststand und sehr wohl bezweifelt werden konnte.

aa) Die bloße Angabe, der Zinssatz entspreche "dem jeweiligen Reichs- bzw. heute Bundesbankdiskontsatz" wird von der Rechtsprechung seit jeher als unzureichend angesehen, weil einem solchen Zinssatz jegliche Begrenzung, insbesondere nach oben, fehlt. Der Zinssatz ist dann nicht bestimmt genug i. S. der §§ 1115 I, 1113.

bb) Dagegen wird von der Rechtsprechung [33] die automatische Anpassung des Zinssatzes an den Reichs- bzw. Bundesbankdiskontsatz oder an den Zinssatz einer

---

32) das bringt Ripfel in DNotZ 1955, 62 (64), sehr deutlich zum Ausdruck.

33) OLG Stuttgart in HRR 1933, Nr. 478; KG in HRR 1934, Nr. 809; KG in DNotZ 1934, 777; KG in JW 1938, 1257; OLG Hamm in DNotZ 1961, 204, insoweit übereinstimmend mit OLG Stuttgart in NJW 1954, 1646; BGHZ 35, 22; a. A. noch OLG Oldenburg in ZBL FG VII, 1907, 157, wonach eine Bezugnahme auf die außerhalb des Grundbuchs liegende Quelle zur Bestimmung des Zinssatzes unzulässig ist.

öffentlichen Sparkasse dann für zulässig erachtet, wenn im Grundbuch ein Höchstzinssatz angegeben ist und sich der Mindestzinssatz aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Zulässig ist sonach eine Zinsbestimmung mit dem Inhalt: "verzinslich jeweils 1% über dem Bundesbankdiskontsatz, höchstens jedoch zu 12%", wenn der Mindestzinssatz von etwa 5% in der Eintragungsbewilligung genannt ist. Dies ist der sog. gleitende Zinssatz, weil die Zinshöhe ohne Zutun der Vertragspartner variiert. Die Ermäßigung bzw. Erhöhung des Zinssatzes ist an die objektive Bedingung der Änderung des Diskont- oder Sparkassenzinssatzes, aber auch nur an diese, geknüpft. Die Rechtsprechung hat sich damit über den Bestimmtheitsgrundsatz im strengen Sinne hinweggesetzt. Denn der gleitende Zinssatz erlaubt es nicht, allein aus dem Grundbuch und der bei den Grundakten befindlichen Eintragungsbewilligung die Höhe der Belastung des Grundstücks in einem bestimmten Zeitpunkt zu errechnen. Vielmehr ist hierzu ein Wissen erforderlich, das man sich außerhalb des Grundbuchs verschaffen muß und das beim Diskontsatz wesentlich leichter als beim Sparkassenzinssatz zu erlangen sein wird. Die Rechtsprechung ist damit von einer strikten Bestimmtheit abgekommen und läßt es genügen, daß der Zinssatz jederzeit sicher bestimmbar ist.

cc) Hiervon zu unterscheiden ist der weitere Fall, daß zwar wie zu bb) ein Zinsrahmen und die objektive Bedingung der Änderung des Zinssatzes am Kapitalmarkt Schranken für die Zinsänderung bilden, daß sich aber die Zinshöhe nicht automatisch bei Eintritt der objektiven Bedingung verschiebt, sondern erst mit einer entsprechenden Erklärung des Gläubigers. Hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage in neuerer Zeit insbesondere das OLG Stuttgart [34)] geäußert und einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verneint, wenn dem Hypothekengläubiger unter der Voraussetzung der allgemeinen Änderung der Kapitalzinsen das Recht eingeräumt wird, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Schuldner und dem Grundstückseigentümer den normalen Zinssatz zu ändern. Das OLG Stuttgart stellt entscheidend darauf ab, daß es nicht in das völlige Belieben des Gläubigers gestellt ist, ob er den Zinssatz ändern will, sondern eine Änderung nur im Rahmen der allgemeinen Entwicklung am Kapitalmarkt möglich ist. Damit sei eine willkürliche und mißbräuchliche Erhöhung ausgeschlossen. Es handle sich um eine gemischte Bedingung, die eine objektive und eine subjektiv-potestative Seite habe. Diese Verbindung müsse als zulässig erachtet werden, weil die automatische Anpassung,

34) OLG Stuttgart in NJW 1954, 1646; zum gleichen Ergebnis wie das OLG Stuttgart kommt Riedel in DNotZ 1954, 562.

wie sie allgemein für zulässig gehalten werde, nicht immer den Verhältnissen des Einzelfalles gerecht werde. Diese Lösung sei auch wirtschaftlich vernünftig und entspreche gerade dem Bedürfnis des Schuldners nach Bestimmtheit, weil die Zinserhöhung nicht automatisch zu einem dem Schuldner meist nicht bekannten Zeitpunkt eintrete, sondern erst mit der Mitteilung durch den Gläubiger.

Das OLG Hamm [35] vertrat den gegenteiligen Standpunkt und legte deshalb die Frage gemäß § 79 GBO dem BGH zur Entscheidung vor. Das OLG Hamm sah einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz in der in den freien Willen des Gläubigers gelegten Entscheidung, ob er die allgemeine Zinserhöhung am Kapitalmarkt mitmachen will oder nicht.

Der BGH hat im Beschluß vom 7. 4. 1961 [36] die Bedenken des OLG Hamm nicht geteilt und sich der Entscheidung des OLG Stuttgart angeschlossen. Tragender Gesichtspunkt der Entscheidung des BGH ist, daß das freie Belieben des Gläubigers durch den objektiven Umstand der allgemeinen Änderung der Hypothekenzinsen bei den öffentlichen Sparkassen und durch den festgelegten Zinsrahmen genügend eingeschränkt sei.

dd) Noch einen Schritt weiter versuchten Hypothekengläubiger zu gehen und die Veränderung des Zinssatzes innerhalb des im Grundbuch bezeichneten Zinsrahmens nur noch von ihrem eigenen Willen abhängig zu machen und jeden objektiven Anhaltspunkt, wie etwa die allgemeine Änderung des Zinssatzes am Kapitalmarkt, auszuschalten.

Diesen Schritt hat der BGH nicht mitgemacht [37]. Er hat die Eintragung eines

---

35) OLG Hamm in DNotZ 1961, 204.

36) BGHZ 35, 22.

37) BGH in DNotZ 1963, 436. Diese Entscheidung ist zwar zu einer Grundschuld mit variablem Zinssatz ergangen, aber gemäß § 1192 II finden insoweit auf die Grundschuld dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Hypothek, also auch § 1115 I. Bei Meikel-Imhof-Riedel, Bem. 325 zu § 3 Anhang I ist die Bedeutung dieser Entscheidung völlig verkannt. Es wird nämlich aus dieser Entscheidung herausgelesen, daß der BGH die Hypothek und die Grundschuld verschieden behandeln wolle und bei der Grundschuld die Eintragung eines variablen Zinssatzes unter keinen Umständen für zulässig erachte. Dabei hat der BGH hier nur für Hypothek und Grundschuld gleichermaßen bestimmt, daß eine Abhängigkeit der Zinshöhe - auch innerhalb des Zinsrahmens - allein vom Willen des Gläubigers gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Ebenso schon OLG Hamm in DNotZ 1954, 604 und OLG Darmstadt in DNotZ 1936, 570.

variablen Zinssatzes als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz für unwirksam erklärt, wenn weder aus dem Grundbuch noch aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung objektive Anhaltspunkte für die Höhe der Zinsen ersichtlich sind und die Zinshöhe innerhalb des gesteckten Rahmens allein vom Willen des Gläubigers abhängt. Eine nähere Begründung dafür, warum eine solche "reine Gläubigerwillkür" gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoße, hat der BGH allerdings nicht gegeben. Er hat sich insbesondere nicht mit den Gedanken einer Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1931 [38] auseinandergesetzt, die sich eingehend mit der Bestellung bedingter Rechte befaßt hat, deren Wirksamwerden allein vom Willen des Berechtigten abhing. Im Sachverhalt dieser Entscheidung des KG ging es zwar nicht um die Eintragung eines ins Belieben des Gläubigers gestellten Zinssatzes, sondern um die Bestellung dreier Rechte, nämlich eines Wohnungs-, eines Unterhalts- und eines Nießbrauchsrechts. Von diesen Rechten sollte nur das Wohnungsrecht unbedingt gelten, während das Unterhaltsrecht solange gelten sollte, als sich der Berechtigte nicht für das Nießbrauchsrecht entschieden hatte. In der Begründung für die Zulässigkeit einer solchen bedingten Rechtsbestellung bejaht das KG die Frage, ob auch das bloße Wollen des Berechtigten als Bedingung gesetzt werden kann. Der Bestimmtheitsgrundsatz sei nicht verletzt, da er es nur mit dem Inhalt und Umfang der Belastung zu tun habe, nicht aber damit, ob die Belastung tatsächlich besteht. Deshalb sei es auch nicht notwendig, daß der Eintritt oder Wegfall der Bedingung bei einem bedingten Recht aus dem Grundbuch selbst erkennbar ist. Nur die Bedingtheit des Rechts müsse dem Grundbuch entnommen werden können. Wollte man den Eintritt oder Wegfall der Bedingung dem Grundbuch selbst entnehmen können, so bestünde kaum die Möglichkeit zur Bestellung bedingter Rechte, da sich die Bedingung in der Regel an Ereignisse knüpfe, die außerhalb des Grundbuchs eintreten.

b) Obwohl die Frage nach der Zulässigkeit eines beweglichen Zinssatzes ihren Ansatzpunkt an dem für das Sachenrecht sehr wesentlichen Bestimmtheits- und Eintragungsgrundsatz hat, hat sich das Schrifttum nur wenig damit befaßt und sich im wesentlichen auf die Wiedergabe der Rechtsprechung beschränkt. Schrifttum, auf das letzteres zutrifft, wird daher im folgenden gar nicht genannt.

38) KG in ZDNotVerein 1931, 552.

Immerhin sind auch im Schrifttum die verschiedensten Meinungen vertreten. Sie reichen von einer strikten Ablehnung jeglichen variablen Zinssatzes [39] über die Mittelmeinung [40] bis hin zu der extremen, vom BGH [37] abgelehnten Auffassung [41], daß bei Angabe eines Mindest- und Höchstzinssatzes es ganz dem Gläubiger überlassen bleiben könne, den Zinssatz zu ändern, wann immer er wolle. Ripfel ist der entschiedene Verfechter dieser extrem gläubigerfreundlichen Auffassung. Seine Position ist durch die nunmehr feststehende, wenn auch entgegengesetzte Rechtsprechung des BGH eher stärker als schwächer geworden. Denn der BGH hat durch seine Konstruktion der gemischt objektiv-subjektiven Bedingung eine erneute Angriffsfläche für die These von Ripfel geöffnet. Ripfel sieht den Bestimmtheitsgrundsatz bereits dann als gewahrt an, wenn im Grundbuch selbst die Höhe des möglichen Zinssatzes nach oben begrenzt und zumindest in der Eintragungsbewilligung die Bedingung enthalten ist, unter der sich der Normalzinssatz verändert. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlange nicht mehr, als daß das Höchstmaß der Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt dem Grundbuch entnommen werden kann. Ripfel hält die Konstruktion des BGH mit der doppelten Bedingung - Änderung des Zinssatzes am Kapitalmarkt und entsprechende Erklärung des Gläubigers - nicht für eher vereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz als seine These, die nur die Feststellung einer Bedingung erforderlich mache. Die beim BGH erkennbare Furcht vor einer Gläubigerwillkür bei freiem Belieben des Gläubigers sei aus einem doppelten Grund nicht angebracht: einmal dürfe der damit angedeutete Schuldnerschutz nicht unter der Flagge einer "Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes" laufen, sondern müsse beim rechten Namen, nämlich § 138, genannt und danach beurteilt werden. Nur danach bestimme sich, ob eine Erklärung des Gläubigers willkürlich sei. Zum andern sei diese Furcht bei einem engen Zinsrahmen, wo dem Gläubiger lediglich ein Spielraum von 3-4 % Zins bleibe, auch gänzlich

---

39) Erwig, S. 61, 64/65; Busch, ZBL FG XII, 1912, S. 709 unter Berufung auf OLG Oldenburg ZBL FG VII, 1907, 156; Kohler, S. 429; unklar Güthe-Triebel, S. 196, die zwar einerseits unter Berufung ebenfalls auf OLG Oldenburg verlangen, daß die Umstände, nach denen sich die Höhe der Zinsen bestimmen läßt, stets und allein aus dem Grundbuch hervorgehen, andererseits aber mit der h. M. es für zulässig ansehen, daß ein Höchstzinssatz im Grundbuch angegeben wird und sich der Zinssatz im übrigen automatisch nach der Höhe des jeweiligen Diskontsatzes richtet.

40) Planck-Strecker, Anm. 4 a zu § 1115, wonach bei der automatischen Anpassung an den Diskontsatz nur die Angabe eines Höchstzinssatzes im Grundbuch erforderlich ist, ein Mindestzinssatz aber weder im Grundbuch noch in der Eintragungsbewilligung genannt zu werden braucht.

41) Ripfel in DNotZ 1955, 62; auch schon in DNotZ 1937, 608 und 860; RGRK, 18 zu § 1115.

unbegründet, zumal meist der Höchstzinssatz so bemessen sei, daß er auch von vornherein als Festzinssatz zulässig gewesen wäre.

c) Mit den obengenannten Entscheidungen des BGH [36] [37] ist wohl den Grundbuchämtern die Richtung für ihre Arbeit gewiesen und die Praxis wird sich an diese Leitlinien halten. Das bedeutet aber nicht, daß die Streitfrage damit endgültig und in voll befriedigender Weise gelöst und der wissenschaftlichen Diskussion entzogen ist. Vom Standpunkt des die wesentlichen Argumente in diesem Fragenkreis kennenden Betrachters lohnt es sich vielmehr, die Sache einmal weniger vom konkreten Fall als vom Gesetz und seiner Intention her anzugehen.

Ausgangspunkt der Überlegung ist die Feststellung zweier auf dem Gebiet der Hypothekenzinsen nicht leicht miteinander zu vereinbarender, von einem bestimmten Punkt an einander sogar ausschließender Grundsätze des Hypothekenrecht.

Nach § 1113 II kann eine Hypothek auch für eine bedingte Forderung bestellt werden. Die Hypothek steht dann bis zum Eintritt der Bedingung dem Eigentümer als vorläufige Eigentümergrundschuld zu. Wie die Hauptforderung können auch die gesamten Nebenleistungen oder ein Teil von ihnen im Entstehen von einer Bedingung abhängig gemacht werden [42]. Bei mehreren Nebenleistungen, wie z.B. der Strafzinsen oder der Vorfälligkeitsentschädigung ist die Entstehung sogar notwendig vom Eintritt einer Bedingung abhängig. Dabei dürfen allerdings die Hypothek für die bedingte Hauptforderung und die Hypothek für die bedingte Nebenleistung in ihrer Belastungswirkung für das Grundstück nicht gleichgesetzt werden. Während nämlich die Hypothek für die Hauptforderung eine endgültige Eigentümergrundschuld wird, wenn der Nichteintritt der Bedingung feststeht, ist es für die Nebenleistungen, die mangels Eintritt der Bedingung nicht entstehen, h.M. [43], daß der Eigentümer insoweit keine Eigentümergrundschuld erwirbt. Das hat einen Unterschied zur Folge, der hier deutlich herausgestellt werden soll: bei der Hypothek für die bedingte Hauptforderung steht für alle Beteiligten fest, daß und in welchem Umfang ein Recht besteht. Dagegen bedeutet die bedingte Nebenleistung nur dann eine effektive Belastung des Grundstücks, wenn die Bedingung eingetreten ist. Schon von diesem Unterschied her erhält die Frage nach der Zulässigkeit einer bedingten Zinsleistung eine besondere Bedeutung und bedarf einer besonders strengen Prüfung an Hand des Bestimmtheitsgrundsatzes. Das Verlangen nach einer leicht zugänglichen, möglichst grundbuchnahen

42) KGJ 36 A 233; OLG Hamm in DNotZ 1961, 204; RGRK 18 zu § 1115

43) siehe dazu unten 4. Kapitel III 1.

Erkenntnisquelle, ob die Bedingung nun eingetreten ist oder nicht, wird daraus jedenfalls verständlich. Dieser Unterschied ändert aber nichts daran, daß im Grunde auch für bedingte Nebenleistungen eine Hypothek bestellt werden kann. Denn das Gesetz schließt im Bereich des Hypothekenrechts - anders als in § 925 II - die Eintragung bedingter Rechte nicht nur nicht aus, sondern erklärt sie ausdrücklich für zulässig.

Auf der anderen Seite ist das Hypothekenrecht auf dem Eintragungs- bzw. Bestimmtheitsgrundsatz aufgebaut. Dieser Grundsatz wird zwar von den Befürwortern einer engen Auslegung des § 1115 immer wieder angeführt. Kaum je aber wird versucht, diesem Begriff durch Inhaltsdeutung oder Umschreibung etwas mehr Farbe zu geben. Es ist nicht purer Formalismus, was den Gesetzgeber veranlaßt hat, diesen Grundsatz ins BGB einzuführen. Vielmehr soll dieser Grundsatz mit dazu beitragen, die eigenartige Publizität des Grundbuchs bei der Schuldrechtsbezogenheit der den Eintragungen zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte zu gewährleisten. So sind bei Eintragungen ins Grundbuch vielerlei Interessen zu berücksichtigen: zunächst die des Gläubigers, dessen Recht eingetragen wird, sowie die des Schuldners und auch des Eigentümers, sofern dies verschiedene Personen sind. Dazu aber spielen nicht unwesentliche Interessen auch der dem eingetragenen Recht nachstehenden Gläubiger herein. Und schließlich haben auch das Grundbuchamt und im Falle der Zwangsversteigerung der Zwangsversteigerer verständliche Interessen an einer Klarheit und Bestimmtheit des Grundbuchinhalts. Die an die Eintragungen geknüpften Gutglaubenswirkungen nach §§ 892, 893 und die vielfältigen, häufig gegenläufigen Interessen der Beteiligten erfordern eine klare und unmißverständliche Sprache des Grundbuchs. Der Bestimmtheitsgrundsatz soll dieses Ziel mithelfen zu verwirklichen.

Eine Kollision dieser beiden Grundsätze - bedingte Rechtsbestellung einerseits, Bestimmtheitsgrundsatz andererseits - kann im Bereich der Hypothekenzinsen nicht etwa dadurch vermieden werden, daß man einen Normalzinssatz von 6% vereinbart, aber mit Rücksicht auf das dem Gläubiger vorbehaltene Recht, den Zinssatz später durch einseitige Erklärung auf bis zu 10% zu erhöhen, jetzt schon 10% Zinsen als vereinbart eintragen läßt. Die für eine nur teilweise valutierte Hypothek für die Hauptforderung geltenden Regeln, wonach die dingliche Belastung dann in eine echte Hypothek und eine vorläufige Eigentümergrundschuld zerfällt, lassen sich hier auch nicht entsprechend anwenden. Denn bei der Hypothek für die Hauptforderung ist immerhin bereits gegenwärtig eine dingliche Belastung über die genannte Summe gewollt. Hier aber nicht. Vielmehr hat der Schuldner = Eigentümer in diesem Fall einen Berichtigungsanspruch nach § 894, der auf Löschung des 6% überschießenden Zinssatzes geht [44].

44) RGJW 1899, 200; Schuster in RGRK, 19 zu § 1115· Scherübl in Staudinger 25 e zu § 1115.

Damit ist die Aufgabe gestellt, beim Aufeinandertreffen dieser beiden Grundsätze im Einzelfall einen Ausgleich zu suchen, der beide Grundsätze berücksichtigt und nicht einen auf Kosten des anderen vorzieht. Damit scheiden zwei Extremlösungen von vornherein aus.

Die eine wäre die, daß man die Zulässigkeit bedingter Zinssätze überhaupt verneint und sonach § 1113 II für lediglich auf die Hauptforderung, nicht aber auf Nebenforderungen anwendbar hält. Es ist zwar offensichtlich - das macht schon die Stellung von § 1113 II nach § 1113 I klar, wo von der Hypothek für die Hauptforderung die Rede ist -, daß diese Vorschrift in erster Linie für die Hauptforderung geschaffen ist. Aber es ist nirgends gesagt, daß nicht auch Nebenleistungen bedingt sein können. Schon aus dem Fehlen einer § 925 II entsprechenden Bestimmung müßte man auf die Zulässigkeit bedingter Nebenleistungen schließen. Dazuhin gibt es - wie bereits erwähnt - einige Nebenleistungen, die ihrer Natur nach nur bedingt denkbar sind. Es wäre zweifellos zu eng, wollte man das dringende Interesse der Praxis an bedingten Zinssätzen übersehen und bei Nebenleistungen nur dann eine Bedingung zulassen, wo dies naturnotwendig zur Eigenart der betreffenden Nebenleistung gehört.

Auf der anderen Seite hat sich in der grundbuchlichen Praxis und in der Rechtsprechung immerhin recht bald die Erkenntnis durchgesetzt, daß eine strikte Durchführung des Bestimmtheitsgrundsatzes in dem Sinne, daß der Eintritt der Bedingung allein aus dem Grundbuch bzw. aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersichtlich sein müsse, nicht möglich ist. Vielmehr müssen auch gewisse Umstände, die außerhalb des Grundbuchs liegen und die Bedingung eintreten lassen, zur Bestimmung des Haftungsumfangs der betreffenden Eintragung herangezogen werden können. Die Rechtsprechung des KG und des BGH hat denn auch objektive, d. h. vom Willen einer Person, insbesondere des Gläubigers, unabhängige Umstände als Bedingungen für den Eintritt einer Zinssatzänderung zugelassen.

Dabei hätte es der BGH m. E. auch belassen können und sollen. Es hätte sich durchaus rechtfertigen lassen, daß nur solche Umstände für die Änderung des Zinssatzes maßgebend sein dürfen, die nicht vom Willen und von der Macht eines Vertragspartners [45], hier des Gläubigers abhängen [46]. Dem Interesse

45) Mitunter wird - so von Ripfel in DNotZ 1955, 63 - die Abhängigkeit der Zinshöhe allein vom Willen des Gläubigers für zulässig erklärt unter Hinweis auf die allgemein für zulässig gehaltene Klausel, daß sich die Zinsen im Falle des Verzugs des Schuldners um einen bestimmten Prozentsatz erhöhen. So wie dort die Zinserhöhung vom Willen des Schuldners abhängig

beider Vertragspartner an einem kapitalmarktgerechten Zinssatz ist am besten dadurch gedient, daß sich der Zinssatz nach dem Bundesbankdiskontsatz oder nach dem Zinssatz einer Sparkasse richtet. Auch wäre damit das Unbehagen vermieden, daß die Bestimmung des Umfangs der Grundstücksbelastung in die Hand des Gläubigers gelegt wird. Dies ist aber der Fall, wenn erst die Erklärung des Gläubigers die Zinssatzänderung auslöst, da - wie bereits angeführt wurde - die Zinshypothek jeweils nur in dem Umfang effektiv Teil der Grundstücksbelastung ist, in dem die Bedingung eingetreten ist. Vorher besteht keine auflösend bedingte Zinseigentümergrundschuld. Der Gläubiger schafft also durch seine Erklärung eine Hypothek im Umfang der Zinserhöhung.

Der BGH ist aber noch diesen Schritt weitergegangen und hat es für zulässig erachtet, die Zinsänderung von der doppelten Bedingung der Änderung des Zinssatzes am Kapitalmarkt und der Erklärung des Gläubigers abhängig zu machen. Damit erreicht er zwar insofern einen Schuldnerschutz, als in Einzelfällen der Gläubiger etwa diese Erklärung nicht abgeben wird, obwohl sich der Zinssatz am Kapital-

---

Fortsetzung der Fußnote 45)
sei, so sei sie es hier eben vom Willen des Gläubigers. Dieser Vergleich ist unangebracht, da die Verzugszinsen im Gegensatz zu den beweglichen Zinsen in ihrer Höhe von vornherein feststehen und nur unsicher ist, ob und ab wann sie zu entrichten sind. Außerdem sind die Verzugszinsen nur die automatische Folge eines kaum als Willenserklärung zu bezeichnenden Schuldnerverhaltens. Welcher Schuldner will schon die Entstehung von Verzugszinsen. Dazu kommt, daß es bei den Verzugszinsen sachgerecht ist, diese der Hypothekenhaftung zu unterstellen, weil sonst die Gefahr besteht, daß der Gläubiger alsbald die Zwangsvollstreckung betreibt, wenn er für schuldrechtlich vereinbarte Verzugszinsen keine Sicherheit erlangt. Hier ergibt sich die Berücksichtigung des Schuldnerverhaltens aus der Sachbezogenheit zum eingetragenen Recht. Bei der Erklärung des Gläubigers aber ist nicht Voraussetzung, daß er die Zinsen aus einem im Rechtsverhältnis mit dem Schuldner liegenden Grund erhöht. Vielmehr sind außervertragliche Gründe - Gläubiger benötigt Geld für besondere Ausgaben - denkbar.

46) Unergiebig ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen objektiven + subjektiven bzw. potestativen Bedingungen - so aber OLG Stuttgart in NJW 1954, 646 -, da letztlich auch eine Erklärung des Gläubigers, er erhöhe die Zinsen um 2%, ein objektiver Umstand ist, der u. U. sogar einfacher feststellbar ist als die Änderung des Zinssatzes am Kapitalmarkt. Dies nämlich dann, wenn die Erklärung des Gläubigers schriftlich und mit Abschrift an das Grundbuchamt abgegeben werden muß. So auch BGHZ 35, 22.

markt geändert hat. Zu vermerken bleibt dabei allerdings, daß diese doppelte Bedingung nur bei einer Zinserhöhung als Schuldnerschutz wirken kann. Bei einem allgemeinen Fallen der Zinssätze am Kapitalmarkt hat es der Gläubiger in der Hand, die Erklärung über die Zinsermäßigung nicht abzugeben und so den Zinssatz auf einem überhöhten Stand zu halten. Auf jeden Fall aber bringt der BGH mit dieser Hereinnahme eines vom Gläubigerwillen abhängigen Umstandes auch eine Unsicherheit in das Grundbuchrecht, die dem Grundbuchrecht nicht gut ansteht und nicht unumgänglich war. Denn der Schuldnerschutz läßt sich - wenn der Gläubiger tatsächlich eine Zinserhöhung nicht mitmachen will - auch dadurch erreichen, daß der Gläubiger diese Mehrzinsen einfach nicht fordert. An die Zwangsversteigerung, bei der dann allerdings das Grundstück für Zinsen haften würde, die der Gläubiger gar nicht beansprucht, sollte man hierbei noch nicht denken. Außerdem lassen sich diese Zinsen durch einen entsprechenden Verzicht des großzügigen - wenn er es im Fall der Zwangsversteigerung überhaupt noch ist - Gläubigers dem nachstehenden Gläubiger sehr wohl zuweisen. Der andere Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes durch die doppelte Bedingung, daß nämlich der Schuldner durch die Erklärung wenigstens erfahre, ab wann sich der Zinssatz ändere, verlagert ohne einleuchtenden Grund die Mühe, sich über die Höhe des Bundesbankdiskontsatzes oder des Zinssatzes einer Sparkasse auf dem laufenden zu halten, vom Schuldner auf den Gläubiger. Es ist nicht einzusehen, warum das Risiko eines Übersehens der Erhöhung des Diskontsatzes dem Gläubiger auferlegt werden soll, zumal sich dieses Übersehen dann zu Lasten des Schuldners auswirken kann, wenn der Diskontsatz nicht gestiegen sondern gefallen ist.

In konsequenter Weiterverfolgung seiner Rechtsprechung hätte der BGH auch eine Zinsklausel zulassen müssen [47], die eine Erhöhung der Zinsen innerhalb des Zinsrahmens allein von einer entsprechenden Erklärung des Gläubigers abhängig macht. Denn auch in diesem Fall ist der Umfang der höchstmöglichen Belastung des Grundbuchs durch die Angabe des Höchstzinssatzes fest bestimmt und der objektive Umstand der Erklärung des Gläubigers feststellbar, zumal wenn die Erklärung durch Schreiben an das Grundbuchamt abzugeben ist. Diese Konsequenz hat der BGH nicht gezogen, sondern ist bei dem in BGHZ 35, 22 gewählten Kompromiß geblieben. Die Argumente des BGH gegen diese Konsequenz liegen - insoweit ist Ripfel zuzustimmen - außerhalb des mit dem Bestimmtheitsgrundsatz verfolgten Zwecks. Bei seiner Furcht vor der Gläubigerwillkür und Schutzlosigkeit des Schuldners übersieht der BGH zweierlei: einmal, daß die sog. Gläubigerwillkür eine recht beschränkte ist und sich in einem Rahmen hält, dessen obere Grenze wohl in den meisten Fällen von vornherein als Festzinssatz vereinbart sein könnte. Zum anderen darf der Schuldnerschutz nicht auf dem Felde des

47) so auch Schuster in RGRK, 18 zu § 1115.

Bestimmtheitsgrundsatzes ausgetragen werden. Dies ist der falsche Ort. Vielmehr sind hierzu der Schuldvertrag, gemessen an § 138, und die Erklärung des Gläubigers, die dieser im Einzelfall gemäß § 315 nach billigem Ermessen zu treffen hat, sedes materiae. Dieses doppelte Filter schützt den Schuldner ausreichend. Bestehen aber von daher keine Bedenken gegen die Freiheit des Gläubigers in der Zinsbestimmung, so kann der BGH mit der bisherigen Begründung der Konsequenz nicht ausweichen. Dies umso weniger, als es sehr sachliche Gründe geben kann, warum ein Gläubiger sich vorbehält, den Zinssatz ganz unabhängig von den allgemeinen Zinssätzen am Kapitalmarkt zu erhöhen. Er verlangt etwa mit Rücksicht auf die gespannte Finanzlage des Schuldners zunächst nur einen verhältnismäßig niedrigen Zinssatz, behält sich aber vor, diesen Zinssatz zu erhöhen, wenn er selbst durch eine Wirtschaftskrise oder erhöhte Investitionen in Geldschwierigkeiten gerät.

Sieht man auf den Ausgangspunkt der Rechtsprechung für die Zulassung gleitender Zinssätze zurück, der ganz eindeutig gläubigerfreundlich war, so stellt sich die Rechtsprechung des BGH nicht als ein weiteres Fortschreiten in dieser Richtung, sondern eher eine Einschränkung zum Schutze des Schuldners dar. Ob dem Schuldner damit letztlich gedient ist, erscheint zweifelhaft. Denn in Zeiten der Geldknappheit wird sich der Gläubiger angesichts dieser Rechtsprechung gar nicht darauf einlassen, einen beweglichen Zinssatz einzutragen, sondern von vornherein die möglichen Höchstzinsen als Festzinsen vereinbaren und sich dann vorbehalten, diese Höchstzinsen im Einzelfall zu fordern oder nicht [48].

5. Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz:

a) Eine erste Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz bestimmt § 1118 BGB, wonach das Grundstück kraft der Hypothek auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung haftet. Diese einleitenden Worte "Kraft der Hypothek haftet ..." stellen klar, daß die Haftung nur dann eintritt, wenn für die Forderung eine wirksame Hypothek begründet wurde. Gesetzliche Zinsen einer Forderung sind Verzugszinsen nach §§ 288-291 und die sonstigen gesetzlichen Verzinsungsfälle des BGB - vgl. §§ 542, 641 II, 668, 698, 1834 und § 353 HGB. Diese Ausnahme von Eintragungsgrundsatz hat eine doppelte Berechtigung. Einmal wird dadurch das Grundbuch entlastet, denn es muß nicht die stereotype Wendung bei der Eintragung des Grundbuchrechts mit aufgenommen werden, daß das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen hafte. Deshalb sind auch gesetzliche Zinsen einer Forderung

48) auf diesen Gesichtspunkt weist schon Piepenbrock in seiner Anmerkung zu BGHZ 35, 22 in LM Nr. 4 zu § 1115 hin.

weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig [49]. Zum anderen dient die Ausnahme dem Schutz der rechtsunkundigen Personen, die bei der Beantragung einer Hypothek leicht übersehen könnten, durch Eintragung auch einer Haftungsklausel für gesetzliche Zinsen eine Erweiterung der Hypothekenhaftung zu erreichen. Der oberflächliche Einwand, daß diese Nichteintragung eine Unsicherheit bezüglich des Haftungsumfangs bewirke, ist leicht zu widerlegen. Mit der Entstehung gesetzlicher Zinsen muß jedermann, insbesondere der nachstehend Berechtigte, rechnen und die Ungewißheit, ob im Einzelfall gesetzliche Zinsen entstanden sind, wird durch die Eintragung einer Haftung für gesetzliche Zinsen nicht verringert oder gar beseitigt.

§ 1118 gilt ausschließlich für die im Gesetz bestimmten Verzinsungsfälle und auch nur für Zinsen in der vom Gesetz (vgl. §§ 246, 288) bestimmten Höhe. Für Schadensersatzansprüche aus Verzug oder für über der gesetzlichen Zinshöhe liegende, vertraglich vereinbarte Verzugszinsen haftet das Grundstück nicht nach § 1118 kraft Gesetzes, sondern nur kraft Eintragung.

Sind persönlicher Schuldner und Eigentümer des Grundstücks nicht identisch, so ist fraglich, ob § 1118 auch dann anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des Verzugs in der Person des persönlichen Schuldners eingetreten sind. § 1146, der die Haftung des Grundstücks ausdrücklich für den Fall des Verzugs des Eigentümers bestimmt, würde dafür sprechen, eine Haftung des Grundstücks bei Verzug des vom Eigentümer verschiedenen Schuldners zu verneinen,da diese nicht ebenso ausdrücklich bestimmt ist wie die in § 1146 für den Verzug des Eigentümers [50]. Bei einer solchen Auslegung des § 1118 aber würde dessen Anwendungsbereich erheblich eingeschränkt. Es ist eben Sache des Eigentümers, sich nur für einen solchen Schuldner mit seinem Grundstück einzusetzen, der seinen Verpflichtungen aus dem Schuldvertrag auch nachkommen kann. Tut er es nicht, so ist es sein Risiko. Deshalb wendet die heute h. M. [51] § 1118 auch bei Verzug des vom Eigentümer verschiedenen Schuldners an.

---

49) Scherübl in Staudinger, 1 zu § 1118; Baur in Soergel-Siebert, 7 zu § 1118; Hoche in Palandt, 1 zu § 1118; KGJ 20 A 203. Eine gleichwohl erfolgte Eintragung ist jedoch unschädlich; das Grundbuch wird dadurch weder unrichtig noch ist die Eintragung inhaltlich unzulässig i. S. von § 53 I S. 2 GBO (KGJ 35 A 325).

50) So Westermann, § 101 II 1 b, wonach in diesem Fall über § 1146 hinausgehender Verzugsschaden nicht aus dem Grundstück herausgeholt werden kann.

51) Wolff-Raiser, § 134 II 1; Planck-Strecker, 1 c zu § 1118; Baur in Soergel-Siebert, 2 zu § 1118; Scherübl in Staudinger, 1 b zu § 1118.

b) Die zweite Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz enthält § 1146. Diese Vorschrift ist in der Literatur häufig zum Anlaß genommen werden, zu der umstrittenen und schwierigen Frage Stellung zu nehmen, worin eigentlich die Pflicht des Eigentümers eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks bestehe, ob ihn irgendeine Art von persönlicher Leistungspflicht oder nur eine Duldungspflicht, nämlich Duldung der Zwangsvollstreckung, treffe. Dieser Frage soll hier nicht näher nachgegangen werden, da sie nicht spezifisch die Hypothekenzinsen, sondern das gesamte Hypothekenrecht betrifft.

So schwierig die dogmatische Erfassung der in § 1146 ausgesprochenen Haftungserweiterung ist, so einfach ist doch der dieser Vorschrift zugrundeliegende Gedanke. Der Erste Entwurf zum BGB sah in § 1140 eine Haftungserweiterung nur für die Grundschuld vor. In den Motiven [52] wird diese auf die Grundschuld beschränkte Haftungserweiterung damit begründet, daß der Grundschuldgläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfe als der Hypothekengläubiger, der allein durch Mahnung den Schuldner in Verzug setzen und so eine dingliche Sicherung der gesetzlichen Verzugszinsen (§ 1118) erreichen könne. In § 1053 des Zweiten Entwurfs und in § 1146 ist dieser Gedanke auf die Hypothek ausgedehnt worden, wohl mit der Überlegung [53], daß auch im Hypothekenrecht bei allgemein bekannter Zahlungsunfähigkeit des persönlichen Schuldners das belastete Grundstück ausschließliches Befriedigungsobjekt sei und dann eine erweiterte Haftung des Grundstücks nicht davon abhängig gemacht werden kann, daß zuerst oder doch zugleich mit dem Eigentümer der persönliche Schuldner mit der Folge des § 1118 in Verzug gesetzt wird.

Ohne die Vorschrift des § 1146 könnte kein noch so verzögerliches und sachwidriges Verhalten des Eigentümers eine Erweiterung der Haftung des Grundstücks bewirken [54], denn der Eigentümer ist kein Schuldner i. S. des Obligationenrechts und nicht zur Leistung einer Geldsumme i. S. von § 288 I S. 1 verpflichtet. Dieser Unterschied zwischen Eigentümer und Schuldner im Hypothekenrecht bedingt die unnötig verklausuliert erscheinende Formulierung in § 1146, wonach dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück gebühren, wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug

52) Motive III, 790.

53) so Wolf, S. 18.

54) dagegen ist unabhängig von § 1146 eine schuldrechtliche und damit persönliche Schadensersatzpflicht des Eigentümers nach § 823 denkbar, wenn der Eigentümer die Befriedigung des Gläubigers schuldhaft verzögert. Baur in Soergel-Siebert, 1 zu § 1146; Scherübl in Staudinger 1 a zu § 1146; Planck-Strecker, 3 zu § 1146. Zum Verhaltnis dieser Schadensersatzpflicht zur Haftung aus § 1146 siehe weiter unten im Text.

kommt. Dieser Bestimmung ist zunächst zu entnehmen, daß der Gesetzgeber den Eigentümer nicht einem in Verzug geratenen Schuldner gleichstellen wollte. Den Eigentümer soll nur eine der möglichen Verzugsfolgen, nämlich die Zinszahlungspflicht, treffen. Sodann müssen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen der §§ 284 ff erfüllt sein. Die Fälligkeit der Hypothek tritt entweder mit Zeitablauf oder durch Kündigung gegenüber dem Eigentümer ein (§ 1141). Ist eine Zeit für die "Leistung" bestimmt, so ist eine Mahnung nicht erforderlich. Andernfalls muß der Gläubiger den Eigentümer mahnen. Diese Mahnung muß die Aufforderung enthalten, den Gläubiger zu befriedigen, nicht etwa, die Zwangsvollstreckung zu dulden [55]. Bis hierher wird der Eigentümer behandelt, als schulde er eine Geldsumme [56]. Die der Rechtstellung des Eigentümers eigene Besonderheit zeigt sich erst im Folgenden: der Eigentümer kommt - anders als der sonstige Schuldner einer Geldsumme - nicht allein dadurch in Verzug, daß er auf die Mahnung hin nichts tut, sondern einfach abwartet. Der Eigentümer ist eben nicht verpflichtet, zu zahlen oder seine Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung ausdrücklich anzuerkennen. Die Verzinsungspflicht als Verzugsfolge tritt vielmehr erst ein, wenn der Eigentümer etwa einer Zahlungsaufforderung widerspricht oder seine Duldungspflicht zu Unrecht ausdrücklich oder stillschweigend bestreitet und dadurch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück unberechtigterweise hinauszögert, so daß er dem Gläubiger die Nutzung des diesem gebührenden Geldes entzieht. Dafür soll er Zinsen zahlen.

Die Verzugszinsen, die dem Gläubiger aus dem Grundstück gebühren, betragen 4%, unbeschadet einer höheren Verzinsung kraft Vereinbarung und Eintragung. Die Verzugszinsen als solche sind keine persönliche Schuld des Eigentümers, erst recht nicht des vom Eigentümer verschiedenen Schuldners der Hauptforderung. Nur unter dem Gesichtspunkt einer Schadenersatzpflicht nach § 823 wegen verzögerter Befriedigung kann den Eigentümer auch einmal eine persönliche Schuld treffen [57], die aber nur soviel mit der dinglichen Haftung nach § 1146 gemein hat, daß der Gläubiger nicht Verzugszinsen nach § 1146 aus dem Grundstück und dazu noch die volle persönliche Schadenswiedergutmachung nach § 823 verlangen kann.

---

55) Schuster in RGRK, 2 zu § 1146. Nach allg. Meinung braucht sich der Gläubiger bei der Mahnung aber nicht zur Aushändigung der in § 1144 bezeichneten Urkunden zu erbieten.

56) vgl. in diesem Zusammenhang auch §§ 592, 688, 794 Nr. 5 ZPO, die sämtlich die Befriedigung des Gläubigers beschleunigen helfen.

57) vgl. Fußnote 54; so sind auch die Motive III, 790 zu verstehen, wenn sie eine persönliche Ersatzpflicht wegen des eingetretenen Verzugsschadens bejahen; vgl. dazu Planck-Strecker 3 zu § 1146.

Ebensowenig kann der Gläubiger doppelte Verzugszinsen aus dem Grundstück in Anspruch nehmen, wenn sowohl der Eigentümer als auch der von ihm verschiedene persönliche Schuldner in Verzug geraten sind [58]. § 1146 hat daher nur dann Bedeutung, wenn zwischen Gläubiger und Eigentümer keine oder weniger als 4% Zinsen vereinbart sind und nur der Eigentümer in Verzug geraten ist.

Es bleibt noch zu erwähnen, woraus die 4% Verzugszinsen zu entrichten sind. Vom Eigentümer her gesehen würde es zwar naheliegen, von dem Betrag der eingetragenen Hypothek auszugehen, da er sich in dieser Höhe verpflichtet hat. Andererseits muß aber der Eigentümer, will er die Zwangsvollstreckung vermeiden, nur den Betrag bezahlen, bis zu dem die Hypothek valutiert ist. Die Verzugszinsen nach § 1146 sind daher aus dem Betrag zu entrichten, für den im Einzelfall - abzüglich etwaiger Zinsforderungen (§ 289) - das Grundstück haftet.

III. VERÄNDERUNGEN DES VEREINBARTEN UND EINGETRAGENEN ZINSSATZES NACH OBEN UND UNTEN

1. Die Erhöhung des Zinssatzes:

a) Sie ist für das Hypothekenrecht völlig uninteressant, wenn die Erhöhung nur schuldrechtliche Wirkung hat, die Erhöhung also nicht an der grundbuchlichen Sicherung teilhaben soll.

Soll die Erhöhung dagegen der Hypothek unterfallen, so bedarf sie als Inhaltsänderung [59] der Zustimmung der gleich- und nachstehend Berechtigten, wenn die Erhöhung den Rang des Hauptrechtes erhalten soll. Soll die Zinserhöhung nur die nächstbereite Rangstelle erhalten, wodurch sie ihren Charakter als bloße Inhaltsänderung nicht verliert, so genügt allerdings die Einigung zwischen dem Gläubiger

---

58) Planck-Strecker, 4 zu § 1146; Scherübl in Staudinger, Bem. 1 f zu § 1146; Wolf, S. 19.

59) im Schrifttum streitig, ob Inhaltsänderung oder teilweise Neubegründung eines Rechts. Für Inhaltsänderung: Wolf, S. 35; Schuster in RGRK, 6 zu § 1119; Planck-Strecker, 2 c zu § 877; Westermann, § 107 III. Für Neubegründung: Hoche in Palandt, 3 b zu § 877; Wolff-Raiser, § 40 I 1. Die Zinserhöhung ist nur als Inhaltsänderung zu werten, da die Zinsforderung als solche, solange sie nicht kapitalisiert wird, unfähig ist, eine selbständige Hypothekenforderung zu bilden.

und dem Grundstückseigentümer. Die Erhöhung ist aber auch in diesem Fall bei der Hypothek, auf die sie sich bezieht, in der Veränderungsspalte einzutragen [60]. Das von dem Ort der Eintragung abweichende Rangverhältnis ist an der Eintragungsstelle und bei den nachfolgenden Hypotheken mit zu vermerken [61].

Um eine zustimmungsbedürftige Zinserhöhung handelt es sich auch, wenn eine bedingte Verzinsungspflicht in eine unbedingte umgewandelt werden soll [62].

b) Ausnahme

aa) Keine Erhöhung der Zinspflicht liegt im Ergebnis vor, weshalb das Zustimmungserfordernis entfällt, wenn wegen gleichzeitigen Wegfalls anderer in Prozenten ausgedrückter Nebenleistungen die Gesamtbelastung letzten Endes gleichbleibt [63]. Hier zeigt sich wieder, daß die Zinsen und die anderen Nebenleistungen weithin eine Einheit bilden und in ihrer Gesamtheit als Nebenleistungen gewürdigt werden müssen.

bb) § 1119 enthält eine Ausnahme von dem unter a) vorangestellten Grundsatz des formellen Konsenses, wonach eine Eintragung nur erfolgen soll mit Zustimmung dessen, der durch sie in seinen Rechten betroffen wird. Nach § 1119 ist keine Zustimmung der gleich- oder nachrangig Berechtigten erforderlich, wenn bei einer bisher unverzinslichen oder geringer als 5% verzinslichen Hypothek eine Verzinsung bis zu 5% eingetragen werden soll.

Sucht man nach der ratio für diese "Großzügigkeit" des Gesetzgebers, so stößt man auf eine mehr historisch interessante, denn aktuell bedeutsame Begründung. In den Motiven [64] wird nämlich zu § 1065 des Ersten Entwurfs zum BGB - heute § 1119 - ausgeführt, man habe mit dieser Vorschrift dem vorbeugen wollen, daß eine nicht oder kaum verzinsliche Hypothek nach ihrer Fälligkeit alsbald geltend gemacht wird, ohne daß dem der Schuldner = Eigentümer durch nachträgliche Bewilligung eines angemessenen Zinssatzes entgegenwirken kann, weil die nachrangig Berechtigten mit einer solchen Zinsvereinbarung nicht einverstan-

60) KGJ 26 A 142; KGJ 33 A 251.
61) KGJ 43 A 234.
62) Schuster in RGRK, 6 zu § 1119; Hoche in Palandt 2 a zu § 1119.
63) KG in OLG 4, 483; Scherübl in Staudinger, 3 zu § 1119; Baur in Soergel-Siebert, 1 zu § 1119; Schuster in RGRK, 6 zu § 1119.
64) Motive III, S. 646.

den sind. Der Gesetzgeber glaubte, daß beim Angebot eines Zinssatzes bis zu 5% entweder der Gläubiger die Hypothek stehen lassen oder sich ein anderer finden werde, der sie erwirbt. Diese Absicht des Gesetzgebers wird heute kaum mehr verwirklicht werden können, da es unter 5% verzinsliche Grundpfandrechte kaum mehr gibt und sich die - meist öffentlichen - Geldgeber jedenfalls nicht durch eine Erhöhung auf 5% davon abhalten lassen, ihre Rechte aus der Hypothek geltend zu machen. Da wäre dann schon eine gesetzgeberische Lösung zeitloser gewesen, nach der jeweils der im Einzelfall eingetragene Zinssatz nicht auf 5%, sondern um einige Prozent ohne Zustimmung erhöht werden kann. M.E. ist die Unsicherheit, die der Gesetzgeber mit dieser Möglichkeit einer nachträglichen Zinsvereinbarung oder -erhöhung für die nachrangig Berechtigten gebracht hat, heute gänzlich verlagert auf das Gebiet des veränderlichen gleitenden Zinssatzes. Die Ungewißheit über den Gesamtumfang einer Grundstücksbelastung ist von dorther heute viel größer als von § 1119 her.

Die Zumutbarkeit dieser Vorschrift für die Betroffenen wird unter anderem auch damit begründet, daß mit Zinssätzen bis zu 5% jeder gleich- oder nachstehend Berechtigte rechnen müsse [65]. Dieser Hinweis ist allerdings wenig stichhaltig. Denn es ist nicht einzusehen, warum man sich nicht genauso darauf soll verlassen können, daß eine unter 5% verzinsliche Hypothek auch unter 5% verzinslich bleibt, wie man auch darauf vertrauen darf, daß eine zu 5% verzinsliche Hypothek zu 5% verzinslich bleibt. Mit dieser Begründung ließe sich genauso gut eine Vorschrift rechtfertigen, nach der etwa die Erhöhung des eingetragenen Zinssatzes um bis zu 5% nicht der Zustimmung der Betroffenen bedarf. Es ist zwar wohl so, daß die Befürchtung einer weiteren Zinserhöhung umso geringer zu sein braucht, je höher der zunächst eingetragene Zinssatz ist. Aber bei den heutigen Zinssätzen liegen Zinssätze zwischen 5 und 10% jedenfalls im Bereich dessen, mit dem man gemeinhin rechnen muß. Erst recht fragwürdig wird dieses Argument des "Rechnen müssen", wenn man an die fast allgemein gebilligte [66] Rechtsprechung [67] denkt, daß die Erweiterung des Zinsrechts nach § 1119 nicht nur für die seit der Eintragung der Zinserhöhung laufenden Zinsen zulässig, sondern auch mit Rückwirkung bis zum Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek möglich ist.

---

65) Erman, 2 zu § 1119 Scherübl in Staudinger, 1 zu § 1119; Hoche in Palandt, 1 zu § 1119.

66) Wolff-Raiser, § 134 Fußnote 13; Westermann, § 107 III; Schuster in RGRK, 3 zu § 1119; Planck-Strecker, 2 a zu § 1119; Scherübl in Staudinger, 3 d zu § 1119; A. A. Heck, § 87/3 b und Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1119, letztere unter Berufung auf KG Recht 1907, Nr. 1595, das § 1119 nur auf die Zinsen ab Eintragung des Zinssatzes angewandt wissen will.

67) KGJ 37 A 295.

c) § 1119 ist als Ausnahmevorschrift keiner ausdehnenden Auslegung zugänglich. Eine Zustimmung der gleich- oder nachrangig Berechtigten ist daher nicht in jedem Fall entbehrlich, in dem der Änderung einer Eintragung keine einschneidende Wirkung zukommt. § 1119 gilt daher nicht:

aa) für alle anderen Nebenleistungen als die Zinsen, auch wenn sie in Prozentsätzen ausgedrückt werden. Hier wird also die genaue Unterscheidung von Zinsen und anderen Nebenleistungen wieder wesentlich. Werden allerdings nur einzelne Nebenleistungen erhöht, während gleichzeitig andere Nebenleistungen ermäßigt werden oder wegfallen, so daß im Endergebnis eine Erhöhung der gesamten Nebenleistungen nicht eintritt, so entfällt wiederum das Zustimmungserfordernis für die Änderung. Aber nicht wegen § 1119, sondern weil die Gesamtbelastung gleich bleibt.

bb) für jegliche Kapitalerhöhung. Der Zinssatz ist ein unselbständiges Anhängsel an die Hauptforderung und von deren Bestand abhängig. Deshalb ist seine Änderung nur eine Änderung des in der Hauptsache gleichbleibenden Rechts. Dagegen ist jede Kapitalerhöhung Neubegründung eines Rechts und als solche zustimmungsbedürftig. Fehlt die Zustimmung, so erhält die Kapitalerweiterung wie die Zinserhöhung über 5% nur den Rang der nächstbereiten Stelle. Kapitalerweiterungen sind daher nicht in die Veränderungsspalte einzutragen [68].

cc) für eine Anhebung des Zinssatzes auf über 5%, auch wenn gleichzeitig ein Teil des Kapitals gelöscht wird [69].

Es liegt zwar nahe, hier mit dem Gedanken zu operieren, daß eine Erhöhung der Gesamtbelastung nicht eintrete, wenn der Zinssatz erhöht, aber dementsprechend ein Teil des Kapitals gelöscht wird. Gleichwohl trifft dieser Gedanke hier nicht zu. Es kommt allein darauf an, ob hinsichtlich des übrig gebliebenen Teilbetrages des Kapitals eine Erweiterung des Zinsrechts vorgenommen wird. Denn das Aufrücken der nachstehend Berechtigten bei Löschung eines Hypothekenteils ist als gesetzliche Folge der Löschung unaufschiebbar und kann nicht mit dem In-

---

68) Henke - Mönch-Horber, 6 b zu § 44 GBO; Hoche in Palandt, 1 zu § 1119; Bay. ObLG in NJW 60, 1155.

69) Scherübl in Staudinger, 3 a zu § 1119; Baur in Soergel-Siebert, 1 zu § 1119; KG in DRiZ 1932, 402 = KG in HRR 1932, Nr. 320 (nicht wie bei Staudinger a. a. O. fälschlich zitiert: RGZ in HRR 1932, Nr. 320).

halt des noch übrig gebliebenen Hypothekenteils in Zusammenhang gebracht werden. Das verbleibende Teilrecht ist für sich zu betrachten und unterliegt ebenso den Vorschriften der §§ 873, 874, 877, 1119, wie das ursprüngliche Vollrecht. Eine Verquickung der Hypothek für die Zinsen mit der Hypothek für die Hauptforderung unter dem Gesichtspunkt der gleichbleibenden Gesamtbelastung würde überdies eine ausdehnende Anwendung des § 1119 bedeuten, was seinem Ausnahmecharakter widerspricht.

2. Die Herabsetzung des Zinssatzes:

Im Gegensatz zur Erhöhung des Zinssatzes, die das Hypothekenrecht dann völlig unberührt läßt, wenn die Erhöhung nicht grundbuchlich gesichert werden soll, ist die schuldrechtlich vereinbarte Herabsetzung des eingetragenen Zinssatzes ohne irgendeine Auswirkung auf die Hypothek und das Grundbuch schlecht denkbar. Denn im Grundbuch ist dann ein Zuviel eingetragen, das schuldrechtlich überholt ist und nicht mehr den gegenwärtigen Vereinbarungen der Parteien entspricht.

Die Herabsetzung des Zinssatzes ist formlos gültig. In Höhe der Ermäßigung entsteht dann keine Zinsforderung mehr, die dinglich gesichert werden könnte. Das Grundbuch ist also unrichtig und der Eigentümer hat einen Berichtigungsanspruch. Worauf geht dieser Anspruch?

Unter II 4 c wurde ein Grundbuchberichtigungsanspruch auf Löschung des überschießenden Zinssatzes bejaht, wenn von vornherein eine Hypothek mit einem Zinssatz eingetragen wurde, der höher war als wirklich vereinbart. Es fragt sich, ob auch hier der Grundbuchberichtigungsanspruch in jedem Fall auf Löschung des schuldrechtlich nicht mehr ausbedungenen Zinsenteils geht, oder ob danach unterschieden werden muß, inwieweit der Eigentümer an dieser Herabsetzung beteiligt ist [70].

Daß eine Berichtigung erfolgen muß, ergibt sich daraus, daß der Ausschluß des in §§ 1138, 892 bestimmten Gutglaubensschutzes bei der Zinshypothek nur für einen zeitlich sehr beschränkten Zeitraum gilt, nämlich nur für das Kalenderhalbjahr, in dem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt (§ 1158).

Nur am Rande kann hier die in anderem Zusammenhang ausführlich zu behandelnde Frage [71] angeschnitten werden, ob hinsichtlich des nicht mehr in Anspruch

70) vgl. dazu 6. Kapitel III 2.

71) siehe 4. Kapitel.

genommenen Teiles des eingetragenen Zinssatzes nicht etwa eine auf den Eigentümer übergegangene Eigentümergrundschuld entstanden sein könnte. Diese Meinung wird in der Tat vertreten [72]. Hier kann nur auf die Eigenartigkeit einer solchen "Eigentümergrundschuld" hingewiesen werden. Es würde sich also um eine Grundschuld ohne eine bestimmte Geldsumme handeln, deren einziger Bestandteil ein Zinssatz von z. B. 3% wäre, wobei das Kapital als Bezugsgröße der Hypothek entnommen werden müßte. Es liegt nahe, anzunehmen, daß eine solche "Grundschuld" unsinnig und wirtschaftlich überhaupt nicht faßbar ist. Daran zeigt sich wieder einmal die schuldrechtliche Gebundenheit der Zinshypothek, die mangels Hauptforderung oder entsprechender Zinsvereinbarung einer Verselbständigung in der Form der Eigentümergrundschuld nicht fähig ist.

Die h. M. in Rechtsprechung und Schrifttum ist zwar grundsätzlich dem Gedanken einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen sehr wohl gewogen [71]. Um aber im vorliegenden Fall der Zinsherabsetzung dieser Konsequenz aus dem Wege zu gehen, bezeichnet sie die Zinsherabsetzung rundweg als teilweise Aufhebung einer Hypothek [73]. Eine nähere Begründung dafür wird nirgends gegeben. An dieser Konstruktion wird deutlich, daß der h. M. bei dem Gedanken einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen in diesem Fall einfach nicht recht wohl ist. Es erscheint aber dogmatisch zumindest kühn, eine Zinsherabsetzung automatisch mit einer Teilaufhebung einer Hypothek gleichzusetzen und damit in ihrer Wirkung zu unterscheiden von einer Herabsetzung des Kapitals durch Erlaß oder Schenkung, die unstreitig eine Eigentümergrundschuld nach §§ 1163, I 2, 1177 zur Folge hat. Ganz abgesehen davon wird die Zinsherabsetzung meist nur zwischen dem Gläubiger und Schuldner vereinbart, so daß es für eine Aufhebung der Hypothek häufig schon an den Formerfordernissen des § 1183 fehlen wird.

Ebenfalls an anderer Stelle [74] ist der Frage nachzugehen, wie der Verzicht auf die Zinshypothek oder die Aufhebung der Zinshypothek bei gleichbleibendem, schuldrechtlich vereinbartem Zinssatz durchzuführen ist und mit welcher Folge.

---

72) Wolf, S. 32; Kelling, S. 71.

73) RGZ 72, 362 (365); KG in HRR 1932, Nr. 1657, Scherübl in Staudinger, 5 zu § 1119; Schuster in RGRK, 4 zu § 1119.

74) siehe 6. Kapitel, III 1.

2. KAPITEL

DIE ABTRETUNG HYPOTHEKARISCH GESICHERTER ZINSEN

I. GRUNDSÄTZLICHES ZUR ABTRENNBARKEIT DES ZINSENBEZUGS VON DER HAUPTFORDERUNG

Im Anschluß an die Unterscheidung, die in den Motiven zum BGB [75] zwischen dem Recht auf die Verzinsung des Kapitals als solchem und dem Recht auf einzelne rückständige Zinsraten getroffen ist, haben sich Rechtsprechung und Literatur in den beiden ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB ernsthaft mit der Frage befaßt, ob und in welchem Umfang überhaupt die Zinsberechtigung allein Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein kann. Die Kontroverse wurde noch dadurch unterstützt, daß an der genannten Stelle der Motive die durch den Eintritt der Fälligkeit rückständig gewordene einzelne Zinsrate als von dem Recht auf das Hauptkapital losgelöst und als ein von der Hauptforderung unabhängiger Gegenstand der Verfügung bezeichnet ist. Dies entspricht durchaus der in § 1159 getroffenen Regelung über die Übertragbarkeit rückständiger Zinsen. Da aber in den Motiven das Zinsrecht als solches als ein Nebenrecht angesehen wird, das völlig das rechtliche Schicksal der Hauptforderung teilt und folglich automatisch mit übergeht, wenn die Forderung übertragen wird, stellte sich die Frage nach der selbständigen Verwertbarkeit des Zinsrechts.

Die Diskussion dieser Frage war von vornherein erschwert durch die strikte und unüberbrückbar erscheinende Unterscheidung zwischen dem sog. Zinsrecht und dem Recht auf die einzelne fällige Rate. Anstatt vom Zinsrecht als der Summe der künftig fällig werdenden Zinsraten zu sprechen, wurden teilweise in der Rechtsprechung [76] und in der Literatur [77] die rückständigen Zinsraten sowie das noch im Mutterrecht - Hauptforderung - schlummernde und noch nicht gegenständlich konkretisierte Zinsrecht oder Zinsgenußrecht einander gegenübergestellt. Daraus wurde der Schluß gezogen, daß dieses von der Existenz der Hauptforderung abhängige Zinsrecht nicht selbständig verwertbar sei, jedenfalls nicht durch Abtretung [78].

---

75) III, 713.

76) KG in OLG 12, 130.

77) Nußbaum im Nießbrauchsrecht, S. 45; Zschaler in LZ 1920, 284, der diese Unterscheidung auch gebraucht, aber immerhin auffallend findet.

78) KG in OLG 12, 130; Nußbaum im Nießbrauchsrecht S. 45 und im Lehrbuch des Dt. Hypothekenrechts, S. 133, der zwar eine schuldrechtlich wirksame Abtretung anerkennt, eine hypothekarische Verselbständigung der Zinshypo-

Um die Abtretung dieses von der Hauptforderung in der Tat nicht trennbaren Entstehungsgrundes für die Zinsen geht es aber auch garnicht. Es bedarf nicht einmal der Konstruktion eines selbständigen Begriffs des "Zinsrechts". Denn die Grundlage, auf der die Ansprüche auf die einzelnen Zinsraten erwachsen, ist nicht ein neben das Hauptrecht gestelltes "Zinsrecht", sondern das gesamte Schuldverhältnis als Organismus [79]. Nur so wird die "innere Gebundenheit der Zinsschuld" [80] verständlich und eigentlich selbstverständlich, daß ein vollständiges Herausreißen und Abtrennen der Befugnis, Zinsen einzuziehen, von der Hauptforderung garnicht möglich ist [81]. Erst an diese Erkenntnis, daß schon rein schuldrechtlich eine nicht aufhebbare Abhängigkeit der künftigen Zinsraten von der Hauptforderung

---

Fortsetzung der Fußnote 78)
thek aber mit Rücksicht auf die Abhängigkeit von Hauptforderung und Hauptforderungshypothek für ausgeschlossen hält. Das BGB habe nur eine Teilung der Hauptforderung, nicht aber eine Trennung der Hauptforderung von den Zinsen zulassen wollen (§ 1151). Dem hat sich Heck, S. 404, angeschlossen. Diese Beschränkung der Wirksamkeit der Abtretung auf das Schuldrecht überzeugt nicht. Nußbaum übersieht, daß das Sachenrecht in § 1158 eine Übertragung künftiger Zinsen als zulässig voraussetzt und überbewertet die sich aus der Bildung eines Teilhypothekenbriefs für die Zinsforderungen ergebende Gefahr für den Rechtsverkehr. Kaum einmal werden die abgetretenen Zinsforderungen Gegenstand weiterer Übertragungen sein und wenn, dann weiß der rechtskundige Erwerber so gut wie der Veräußerer, daß und wie seine Zinshypothek abhängig ist von der Haupthypothek. Auch fragt sich bei der von Nußbaum gewählten Lösung, was dann mit der zinsforderungsentleerten Zinshypothek geschehen soll bzw. geschieht. Außerdem verstößt diese Lösung gegen den fundamentalen Grundsatz des Hypothekenrechts, daß eine hypothekarisch gesicherte Forderung - gerade auch die künftige Zinsforderung - nicht ohne die Forderung übertragen werden kann (§ 1153).

79) so treffend Heldrich in Iherings Jahrbücher Bd. 48 (1927/28), S. 262.

80) Zitat aus Endemann, S. 684.

81) Opet in JW 1932, 1386, unterscheidet im Anschluß an das KG in JW 1932, 1386 und in Anlehnung an § 1059 gar zwischen dem Zinsrecht als solchem und der möglichen Überlassung der Ausübung des Zinsrechts, um die Untrennbarkeit von Hauptrecht und Zinsrecht darzutun. Das Zinsrecht müsse beim Hauptrecht bleiben, weil sonst seine hypothekarische Eintragung gar nicht zulässig sei. Einer solchen Überbegrifflichkeit bedarf es nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch bei der Übertragung der künftigen Zinsforderungen diese ihren Entstehungsgrund nur in der Hauptforderung haben können und es gar nicht darum geht, diesen Entstehungsgrund zu verselbständigen.

besteht, läßt sich die Frage anschließen, ob nicht doch Abtretung zwar nicht eines Rechtes auf künftige Zinsen selbst, wohl aber sämtlicher künftiger Zinsraten möglich ist.

Die rechtliche Möglichkeit, daß ein anderer als der Gläubiger der Hauptforderung das Recht auf die Zinsen hat, ist beim Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung (§ 1076) anerkannt und in § 101, Satz 2, vorausgesetzt. Der akzessorische Charakter der Zinsen zwingt nicht zu dem Schluß, daß das "Zinsrecht" und das Hauptrecht nur in einer Hand sein könnten, sondern hat allein zur Folge, daß das "Zinsrecht" auch dann, wenn es sich in anderer Hand befindet als das Hauptrecht, von dessen Fortbestehen abhängt und mit ihm erlischt. Zum Nachweis der Trennbarkeit von Hauptrecht und Zinsbezug wird in der Diskussion der Meinungen auch auf die Regelung in §§ 1289, 1296, abgehoben [82], die eine gesetzgeberische Unmöglichkeit sei, wenn Hauptforderung und Zinsforderung ohnehin untrennbar wären.

Damit konzentriert sich die Frage nach der Übertragbarkeit künftiger, durch eine Hypothek gesicherter Zinsforderungen auf die schuldrechtliche Frage, ob solche künftige Zinsforderungen ausreichend bestimmt i. S. der zur Abtretung künftiger Forderungen bei § 398 entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung sind. Schon der Gesetzgeber hat an die Übertragung künftiger Forderungen gedacht, als er in § 1158 für eine bestimmte Gruppe künftiger Zinsforderungen gewisse Erleichterungen für den Eigentümer geschaffen hat. In der Vorarbeit zum BGB war sogar der Antrag gestellt worden [83], die Übertragung künftiger Zinsforderungen überhaupt ohne jede zeitliche Begrenzung nach den Regeln des Schuldrechts erfolgen zu lassen, da die Abtretung solcher künftiger Zinsen ein im Rechtsverkehr häufig vorkommendes Rechtsgeschäft sei. Dieser Antrag ist dann abgelehnt worden, weil die Erleichterung des Rechtsverkehrs mit künftigen Zinsen jedenfalls kein in dem Maße zu förderndes Ziel sei, daß sie berechtigte, ihretwegen die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aufzugeben.

Da die künftigen Zinsforderungen in dem Vertragsverhältnis, das der Hypothekenforderung zugrundeliegt, eine ausreichende rechtliche Grundlage haben, ist ihre

---

82) Westheimer in JW 1912, 505; zustimmend Zschaler in LZ 20, 284. Ob diese Argumentation allerdings so zwingend ist, mag dahingestellt bleiben. Der Ausspruch der Erstreckung auf die Zinsen könnte immerhin auch nur klarstellend, nicht konstitutiv gemeint sein.

83) Protokolle IV, S. 604.

Abtretung grundsätzlich zulässig [84]. Dabei darf man nicht unterscheiden, ob nur die Zinsen der beiden nächsten Jahre oder überhaupt alle zukünftigen Zinsen einer bestimmten Forderung abgetreten werden [85]. Denn wo sollte die Grenze gezogen werden? Auch ein zweijähriger Zinsenbezug kann hinfällig werden, wenn die Forderung aus irgendeinem berechtigten Grund vorzeitig gekündigt wird. Die Unbestimmtheit, die darin liegt, daß die Endzahl der in Zukunft fällig werdenden Zinsraten nicht von vornherein bekannt ist, haben die zukünftigen Zinsen mit manch anderer künftiger Forderung gemeinsam, deren Höhe nicht genau feststeht. Aus der Übertragbarkeit der künftigen Zinsforderungen folgt deren Pfändbarkeit (§§ 851, 857 ZPO, argumentum e § 832 ZPO) und Verpfändbarkeit (§§ 1273, 1274, 1154).

In der Praxis wird eine Abtretung sämtlicher künftiger Zinsforderungen selten sein, einmal, weil sie die Rechtsstellung des Zedenten einschneidend schmälert, zum anderen, weil aber auch die Rechtsstellung des Zessionars infolge der Abhängigkeit des Zinsenbezugs von der Hauptforderung sehr stark im Belieben des Zedenten und Hauptgläubigers steht. Eine solche Globalabtretung wird daher auch kaum einmal im Rahmen einer strengen Rechtspflicht erfolgen, vielmehr schenkungshalber oder aus ähnlichen Gründen vorgenommen werden. Soll der Berechtigte der Zinsforderung eine sichere Rechtsstellung erhalten, so ist eine Nießbrauchsbestellung vorzuziehen, bei der der Gläubiger der Hauptforderung nur mit Zustimmung des Nießbrauchers den Nießbrauch beenden kann (§ 1071).

II. Die Aufspaltung der Rechtsträgerschaft an einer Hypothek in einen Gläubiger des Hauptrechts und einen Gläubiger der Nebenforderung (Zinsen) kann auf verschiedene Weise zustande kommen. Hier sollen einige typische Grundfälle herausgestellt werden:

1. Nach h. M. [86] ist es unzulässig, von vornherein eine einheitliche Hypothek

---

84) heute h. M.: RGZ 74, 78 (81); 86, 219; Zschaler in LZ 1920, 284; Westheimer in JW 1912, 505; Scherübl in Staudinger, 4 zu § 1154; Hoche in Palandt, 5 zu § 1154; Wolff-Raiser, Fußnote 6 zu § 149; Wolf, S. 39; Baur in Soergel-Siebert, 31 zu § 1154; Schuster in RGRK, 6 zu § 1158.

85) so nur Eberhard in Gruchot 56 (1912), S. 62 und Heck, § 97 II, der nur eine beschränkte Zession befürwortet.

86) RGZ 75, 245 (247); Scherübl in Staudinger, 26 a zu § 1113; Baur in Soergel-Siebert, 19 zu § 1113; Schuster in RGRK, 14 zu § 1113.

zur Sicherung mehrerer, nicht in einer besonderen Rechtsgemeinschaft (Bruchteils- oder Gesamthandelsgemeinschaft) stehender Gläubiger zu bestellen. Der Grund wird darin gesehen, daß bei einer Zusammenfassung mehrerer Gläubiger mit mehreren Forderungen in einer Hypothek die Übersichtlichkeit des Grundbuchs leidet und die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses verlorengeht. Dieser Grundsatz gilt allerdings nur für die Bestellung des Rechts. Ein einmal eingetragenes Recht kann sehr wohl nach § 1151, 1152, geteilt werden. Umgehungen des Grundsatzes über die nachherige Teilung der Hypothek dürften nicht allzu schwer sein.

Es fragt sich, ob dieser Grundsatz auch gilt, wenn von vornherein eine Hypothek in der Weise bestellt werden soll, daß die Berechtigung hinsichtlich der Hauptforderung und hinsichtlich der Zinsraten verschiedenen Personen zustehen soll. Hier handelt es sich nicht um zwei gleichrangige Forderungen, die Zinsforderung ist vielmehr bloßer Ausfluß der Hauptforderung. Die Zinsforderung teilt das rechtliche Schicksal der Hauptforderung, ist gänzlich von ihr abhängig. Man kann den Gläubiger, der die Eintragung eines anderen als Zinsberechtigten begehrt, nicht darauf verweisen, er könne hierfür ja eine besondere Hypothek bestellen, wie das etwa möglich ist, wenn zwei Gläubiger zweier Forderungen eine einheitliche Hypothek wünschen. Dazuhin kann jemand recht plausible Gründe dafür haben, warum er etwa um irgendeiner sittlichen oder rechtlichen Pflicht willen die Zinsforderung einem anderen zukommen lassen will. Die Einheitlichkeit der Forderungsverhältnisse ist kaum gestört, weil nach wie vor der Gläubiger der Hauptforderung der entscheidende Partner des Schuldners = Eigentümers bleibt. So hat denn auch das KG [87], dem die Literatur gefolgt ist [88], eine anfänglich getrennte Berechtigung hinsichtlich des Kapitals und des Zinsanspruchs zugelassen. Es liegt dann eine zulässige Verselbständigung des Zinsanspruchs vor.

2. Nachträgliche Änderungen:

a) Ein Auseinanderfallen von Hauptforderungsgläubiger und Zinsforderungsgläubiger ist auch die Folge, wenn der alleinige Rechtsinhaber entweder nur die Hauptforderung abtritt und sich die Zinsen vorbehält oder nur die Zinsen überträgt und sich die Hauptforderung beläßt.

---

87) KG in Recht 1941, Nr. 2023.

88) Baur in Soergel-Siebert, 12 zu § 1113; Scherübl in Staudinger, 25 zu § 1113.

b) Eine kleine Variante des ersten Falles unter a) ist es, daß der ursprüngliche alleinige Rechtsinhaber zwar auch die Zinsen an den Zessionar weitergibt, jedoch zu einem niedrigeren als dem bisher eingetragenen und vereinbarten Zinssatz. Im Zweifel, d. h. wenn sich der Zedent die Zinsdifferenz nicht ausdrücklich vorbehält, ist anzunehmen, daß der Zedent auf den Zinsunterschied verzichten will [89]. Diese Herabsetzung des Zinssatzes führt dann bezüglich der Zinshypothek zu den im 1. Kapitel unter III 2 angeschnittenen und im 6. Kapitel näher zu behandelnden Fragen.

c) Im übrigen ist der Zinsvorbehalt ebenso auslegungsbedürftig wie die Übertragung bloß der Zinsforderungen unter Vorbehalt der Hauptforderung. Die Regelauslegung ist jedoch in beiden Fällen verschieden. Behält sich der Zedent der Hauptforderung die Zinsansprüche vor, so ist das in der Regel als Abtretung der Hauptforderung unter Ausschluß der Zinsansprüche zu verstehen [90]. Eine Nießbrauchsbestellung an der samt Zinsen abgetretenen Hypothek zu dem Zweck, daß dem Zedenten die Zinsansprüche bleiben, ist nur dann anzunehmen, wenn der erkennbare Wille der Parteien dahin geht, wenn also etwa die Zinsen auf Lebenszeit vorbehalten werden [91]. Daß eine solche Nießbrauchsbestellung im Falle des Vorbehalts der Zinsen als Ausnahme zu gelten hat, ergibt sich aus folgendem: der Zedent kann nicht vor Abtretung der Hypothekenforderung an seinem eigenen Recht für sich einen Nießbrauch bestellen [92]. Er müßte also die

---

89) RGZ 72, 362 (365); Scherübl in Staudinger, 4 d zu § 1158; Nußbaum, Nießbrauchsrecht S. 45; Wolf, S. 43; Eberhard in Gruchot 56 (1912) S. 64.

90) RGZ 86, 218 (220); Scherübl in Staudinger, 4 c zu § 1154; a. A. Schuster in RGRK, 7 zu § 1158, wo kein Unterschied zwischen Abtretung der Zinsen und Vorbehalt der Zinsen gemacht ist.

91) KGJ 40 A 275; Scherübl in Staudinger, 4 c zu § 1154.

92) KGJ 51 A 291; Schuster in RGRK, 7 zu § 1158; Spreng in Staudinger, 1 zu § 1069; Nußbaum im Lehrbuch des Hypothekenwesens S. 137; Erman, 4 zu § 1069. A. A. RG in JW 1915, 1015 = Recht 1915, 2285; Mühl in Soergel-Siebert, 4 zu § 1069; Hoche in Palandt, 1 zu § 1069, die in diesem Fall nicht die Wahrung der für die Übertragung geltenden Vorschriften verlangen, sondern einen schriftlichen Vorbehalt hinsichtlich des Nießbrauchs bei der Übertragung oder eine Bewilligung des Eigentümers zur Eintragung des Nießbrauchs genügen lassen. Diese abweichende Ansicht ist nicht zu billigen. Das BGB läßt die Bestellung von Rechten an eigener Sache nur ganz ausnahmsweise zu (z. B. bei der Eigentümergrundschuld nach § 1196). Im übrigen kann ein Recht nur durch Einigung des bisherigen Rechtsinhabers mit dem zukünftigen Rechtsinhaber bestellt werden (§ 873). Eine ein-

gesamte Hypothek übertragen und sich sodann durch Vertrag mit dem Zessionar den Nießbrauch an der Hypothek bestellen lassen. Dieser Weg ist nicht nur umständlich, sondern verursacht auch erheblich mehr Kosten als die bloße Abtretung der Hauptforderung. Denn es müssen Kosten für die Übertragung der Hauptforderungshypothek einschließlich Zinshypothek und anschließend Kosten für die Nießbrauchsbestellung aufgewendet werden [93].

Dagegen liegt es bei der bloßen Übertragung der Zinsen nahe, eine Nießbrauchsbestellung anzunehmen. Die Kosten entstehen hier nicht doppelt. Außerdem gewährt die bloße Abtretung dem Zinsengläubiger nur eine sehr unsichere Rechtsstellung. Das Entstehen neuer Zinsansprüche und das Fortbestehen der Zinshypothek bleibt nämlich abhängig von dem Fortbestehen der Hauptforderung und der hierfür bestellten Hypothek. Entfällt die Hauptforderung, so entstehen auch keine neuen Zinsansprüche mehr. Soll der Zessionar daher an den Zinsen ein festes Recht bekommen, so gewährleistet ihm dies nur eine Nießbrauchsbestellung an der Hauptforderung. In diesem Fall kann der Schuldner nur an den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich zahlen (§ 1077 I), Gläubiger und Nießbraucher können nur gemeinschaftlich kündigen (§ 1077 II) und sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital wieder verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher wieder der Nießbrauch bestellt wird (§ 1079). Dafür erlischt dann allerdings der Nießbrauch mit dem Tod des Berechtigten, wohingegen die Rechtsstellung eines Zessionars der Zinsen auf dessen Erben übergeht.

Abtretung und Nießbrauchsbestellung sind sonach in ihren Rechtswirkungen sehr verschieden. Es wird jeweils auf den Einzelfall ankommen, welche der beiden Zuwendungsmöglichkeiten den Absichten und Vorstellungen der Parteien am

---

Fortsetzung der Fußnote 92)
seitige Erklärung reicht hierzu nicht aus. Auch der Hinweis bei Palandt a. a. O. auf RGZ 142, 236, besagt nichts. Dort wurde die Zulässigkeit der Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit am eigenen Grundstück mit dem gegenwärtigen praktischen Bedürfnis und der Eigenart des subjektiv dinglichen Rechts begründet, das den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks berechtige. So sei jederzeit eine Trennung des herrschenden Grundstücks vom gegenwärtigen Eigentümer möglich. Dem ist aber beim Nießbrauch gerade nicht so. Dieser ist nicht übertragbar, sondern höchstpersönlich. Eine entsprechende Anwendung der Gedanken dieses RG-Urteils auf die Nießbrauchsbestellung ist daher nicht zulässig.

93) auf diesen Kostengesichtspunkt hat schon Nußbaum im Nießbrauchsrecht, S. 45, hingewiesen.

ehesten gerecht wird. Die Parteien tun jedenfalls gut daran, sich deutlich auszudrücken.

Von der Form her unterscheiden sich die Abtretung nicht fälliger Zinsen und die Nießbrauchsbestellung an der Hypothek nicht. Denn § 1069 bestimmt, daß die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften erfolgen, also auch nach § 1154. Bei einer Buchhypothek ist die Abtretung oder die Nießbrauchsbestellung einzutragen. Im Falle einer Briefhypothek ist der Hypothekenbrief dem Zessionar oder Nießbraucher zu übergeben. Im Zeitpunkt der Übergabe wird die Abtretung oder Nießbrauchsbestellung wirksam (§ 1117). Während jedoch die Nießbrauchsbestellung das Hypothekenrecht ungeteilt bestehen läßt und ein Recht an einem Recht zur Folge hat, wird durch die Abtrennung der Zinsen von der Hauptforderung auch die Hypothek geteilt, so daß zwei Teilhypotheken nebeneinander bestehen, wenngleich nicht in völliger Unabhängigkeit voneinander, wie etwa bei Teilung der Hauptforderung. Deshalb ist im Falle der Abtretung der Zinsen die Bildung eines Teilhypothekenbriefs für das Recht auf künftige Zinsen möglich und sinnvoll [94] (§ 1152).

III. DIE ANGABE EINES ANFANGSZEITPUNKTS BEI DER ZINSABTRETUNG

Fällt die Berechtigung bezüglich Hauptforderung und Zinsen durch Abtretung des gesamten Zinsbezugs auseinander, so stellt sich - übrigens ebenso wie bei der normalen Übertragung der Forderung samt Zinsen - die Frage nach dem Zeitpunkt, ab dem die Zinsen dem neuen Berechtigten gebühren sollen. Der Umfang der Übertragung ist völlig ins Belieben der Beteiligten gestellt. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so ist der Wille der Beteiligten im Wege der Auslegung zu ermitteln. Die Regel wird sein, daß der Zeitpunkt der Abtretung auch entscheidend ist für den Beginn der Zinsziehungsbefugnis des neuen Berechtigten. Das würde bedeuten, daß entsprechend § 101 Nr. 2 2. Halbsatz die Zinsen im Verhältnis der Dauer der Berechtigung aufgeteilt werden. Es ist aber auch denkbar, daß die Berechtigten entgegen § 101 an die Fälligkeit anknüpfen wollen, so daß die nach der Abtretung fällig werdenden Zinsen dem neuen Berechtigten zufallen sollen. Es liegt auf der Hand, daß hier ein erheblicher Unterschied bestehen kann, wenn etwa die Abtretung kurz vor der Fälligkeit postnumerando zu zah-

94) allg. Meinung; KG in HRR 1931, 2060; Scheerübl in Staudinger, 1 a zu § 1152; Hoche in Palandt, 1 zu § 1152.

lender Zinsen erfolgt. Dann erhält der Zedent für die nahezu ganze Dauer seiner Berechtigung während eines Fälligkeitszeitraums keine Zinsen. Darüber müssen sich die Beteiligten im klaren sein.

Dies ist jedoch nur die materiellrechtliche Seite. Formell grundbuchrechtlich verlangt die h. M. mit Rücksicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz für die Eintragung der Abtretung im Grundbuch eine bestimmte Erklärung darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab die Zinsen mitübertragen sind [95]. Dies gilt nur dann nicht, wenn sämtliche rückständige, laufende und sonst künftige Zinsforderungen abgetreten werden, da dann der Zedent seine gesamte Berechtigung im Zeitpunkt der Abtretung verliert [96].

Wird eine durch Hypothek gesicherte Forderung verpfändet, so erstreckt sich das Pfandrecht nach § 1289 auf die Zinsen der Forderung. Das bedeutet für den Fall der Verpfändung einer Buchhypothek, daß von der Entstehung des Pfandrechts an auch die Zinsen dem Pfandrechtsinhaber zustehen. Das Pfandrecht aber entsteht nach §§ 1274, 1154 III, 873, mit der Eintragung. Deshalb erübrigt sich hier eine Erklärung über den Beginn der Verpfändung [97]. Anders verhält es sich allerdings bei einer Briefhypothek. Zu ihrer Verpfändung ist Wirksamkeitsvoraussetzung die Übergabe des Hypothekenbriefes (§§ 1274, 1154 I und II). Den Zeitpunkt der

---

95) KGJ 29 A 179; 46 A 240; 50 A 194; 51 A 294; Schuster in RGRK, 4 zu § 1158; Wolff-Raiser, Fußnote 7 zu § 149; Planck-Strecker, 2 zu § 1158, stimmen im Ausgangspunkt dem KG zu: das Grundbuchamt muß Klarheit haben, ob und in welchem Umfang Zinsen übertragen sind. Ausdrückliche Erklärungen sind aber nach Planck-Strecker nur wünschenswert und nicht erforderlich, wenn sich Zweifel im Wege der Auslegung beseitigen lassen. A. A. Wolf, S. 40/41, der in diesem Verlangen der h. M. eine ungerechtfertigte Erschwerung der Übertragung einer Buchhypothek gegenüber der außerhalb des Grundbuchs und daher ohne ausdrückliche Angabe eines Übergangszeitpunkts übertragbaren Briefhypothek sieht. Aber die schwerfälligere Übertragung einer Buchhypothek ist ja gerade ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal zur Briefhypothek. Deshalb kann der Bestimmtheitsgrundsatz nicht mit dem Hinweis auf die leichtere Übertragbarkeit der Briefhypothek eingeschränkt werden. Außerdem kann auch die Briefhypothek über die Eintragung im Grundbuch abgetreten werden (§ 1154 II), wobei dann an den Eintragungsantrag dieselben Anforderungen gestellt werden wie bei der Buchhypothek.

96) KGJ FG 6, 323; KG in JW 1932, 3276.

97) KGJ 53 A 186; Schuster in RGRK, 5 zu § 1158; Scherübl in Staudinger, 4 g zu § 1154.

Übergabe und damit des Beginns der Verpfändung kann man aber nicht aus dem Grundbuch ersehen, so daß ohne eine datumsmäßige Angabe Zweifel über diesen Zeitpunkt des Beginns entstehen können. Deshalb ist bei der Briefhypothek, wenn bei ihr die Abtretungserklärung durch Eintragung der Abtretung ins Grundbuch ersetzt wird, der Anfangszeitpunkt der Verpfändung anzugeben [98].

98) KGJ 46 A 240; Schuster in RGRK, 5 zu § 1158; Scherübl in Staudinger, 4 g zu § 1154; einschränkend KGJ FG 11, 260 = JW 1934, 1669, wonach auch bei einer Briefhypothek die Angabe nicht verlangt werden darf, wenn der Pfandgläubiger bei seinem Antrag auf Eintragung der Verpfändung den Hypothekenbrief nebst der beglaubigten Verpfändungserklärung des Hypothekengläubigers selbst vorlegt oder wenn die Einreichung dieser Urkunden zwar durch den Hypothekengläubiger erfolgt, zugleich aber in der Form des § 29 GBO die Annahme der Verpfändung durch den Pfandgläubiger sowie die Vereinbarung nachgewiesen wird, daß der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Begründung: im ersten Fall begründe die Vorlegung dieser Urkunden durch den Pfandgläubiger gemäß §§ 1155, 891 in Verbindung mit §§ 1274, 1289 die Vermutung, daß ihm das Pfandrecht an der Hypothekenforderung nebst den zur Zeit der Einreichung der Urkunde noch nicht fälligen Zinsen bereits zustehe. Die z. Zt. der Einreichung etwa bestehenden Rückstände an Zinsen seien aber für die Frage der Eintragung der Verpfändung ohne Bedeutung, weil sie ohnehin nach Schuldrecht, also außerhalb des Grundbuchs übertragen und verpfändet würden. Im zweiten Ausnahmefall entstehe das Hauptforderung und Zinsforderung umfassende Pfandrecht im Zeitpunkt der Einreichung der Urkunden beim Grundbuchamt. Die Verfügungsmacht des Grundbuchamts über den Hypothekenbrief mache dann den Übergabeersatz entsprechend §§ 1154 I, 1274 in Verbindung mit § 1117 II möglich. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidung verwiesen. Es würde hier zu weit führen, die ganze Begründung wiederzugeben. Aber die zahlreichen Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit der Angabe des Verpfändungsbeginns zeigen schon, daß es i. d. R. sicher leichter sein dürfte, den Verpfändungsbeginn anzugeben, als die gesamten Voraussetzungen nachzuweisen.

IV. DIE UNTERSCHEIDUNG VON RÜCKSTÄNDIGEN, LAUFENDEN UND SONSTIGEN KÜNFTIGEN ZINSEN:

Während der Zeitablauf allein die Hauptforderung und die für sie bestellte Hypothek nicht beeinflußt, ist er für die Entstehung von Zinsansprüchen von entscheidender Bedeutung. Der Zeitablauf bringt die einzelnen Zinsraten zum Entstehen, läßt sie fällig und je nachdem rückständig werden. Dieses ständige "Kommen und Gehen" der Zinsraten bringt ein erhebliches Maß von Unruhe und Leben in das sonst doch recht statische und auf Beständigkeit angelegte Hypotheken- und Grundbuchrecht. Der Gesetzgeber war sich dieser wie ein Fremdkörper im Hypothekenrecht wirkenden, ständig in Bewegung befindlichen Eigenart der Zinsen bewußt und hat durch differenzierte Regelungen eine Dreiteilung der Zinsen und anderen Nebenleistungen [99] in Bezug auf ihre rechtsgeschäftliche Übertragung bzw. deren Wirkung vorgenommen:

1. Rückständige Zinsen sind fällige, noch nicht getilgte Zinsraten. Rückstände von Zinsen entstehen, "wenn die Fälligkeitstermine der Zinsen ungenutzt verstreichen" [100]. Die am 1.4. eines Jahres fälligen Zinsen für die Zeit vom 1.1.-31.3. sind sonach am 2.4. rückständig, wenn sie nicht am 1.4. beglichen werden.

In diesem Zusammenhang interessiert bereits die Frage, in welchem Umfang rückständige Zinsen für das Hypothekenrecht bedeutsam werden können. Rückstände von Zinsen verjähren nach § 197 in 4 Jahren. Dabei beginnt die Verjährung am Ende des Jahres, in dem der betreffende Anspruch entstanden, d.h. bei wiederkehrenden Leistungen: fällig geworden ist (§§ 201, 198). Diese Verjährung des schuldrechtlichen Anspruchs allein würde den Umfang der Hypothekenhaftung noch nicht einschränken, wenn für Rückstände von Zinsen auch § 223 I gelten würde, wonach die Verjährung eines durch Hypothek gesicherten Anspruchs den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Doch ist die Anwendung dieser Vorschrift auf Rückstände von Hypothekenzinsen in Absatz 3 von § 223 ausdrücklich ausgeschlossen. In § 902 I ist unter der speziellen Überschrift: Vorschriften über Rechte an Grundstücken diese in § 223 allgemein für gesicherte Rechte getroffene Regelung wiederholt.

---

99) im Folgenden ist aus Gründen der Übersichtlichkeit und Raumersparnis immer nur von den Zinsen die Rede. Für die anderen Nebenleistungen gilt aber nichts anderes als für die Zinsen.

100) Wolf, S. 48.

Eine Konsequenz dieser endgültigen Verjährung von Zinsrückständen nach 4 Jahren ist in § 1171 I, S. 2, 2. Halbsatz gezogen. Ist der Gläubiger unbekannt und hinterlegt der Eigentümer den Betrag der Forderung einschließlich Zinsen, so braucht er Zinsen für eine frühere Zeit als das 4. Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils nicht zu hinterlegen.

Damit ist das Maß der Haftung des Grundstücks für Zinsrückstände wenigstens auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt. Dies ist nicht nur für den vom Schuldner verschiedenen Eigentümer von wesentlicher Bedeutung, weil damit seine Haftung im Falle der Unzuverlässigkeit des persönlichen Schuldners immerhin nicht ins Unermeßliche wächst. Auch der Rechtsverkehr erfordert diese Begrenzung.

Der Umfang der rückständigen Zinsen ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Infolge der Begrenzung aber können die gleich- und nachstehend Berechtigten wenigstens errechnen, in welchem Höchstumfang, nämlich Zinsen für 4 Kalenderjahre, das Grundstück in einem bestimmten Zeitpunkt haftet. Diese zeitliche Grenze nach rückwärts gebietet nicht zuletzt der Bestimmtheitsgrundsatz des Hypothekenrechts. Außerdem wäre es einfach unerträglich, wenn durch eine ständig wachsende Zahl von rückständigen Zinsraten die nachfolgenden Hypotheken immer weiter hinausgedrängt und immer mehr entwertet werden könnten. Der Gläubiger eines mit der Zinszahlung säumigen Schuldners muß sich daher entscheiden, ob er die alten Zinsen verjähren lassen oder aber die Hypothek geltend machen will.

Ganz konkret bedeutet die Verjährung der Zinsrückstände in 4 Kalenderjahren: die im Jahre 1962 fällig gewordenen Hypothekenzinsen verjähren mit dem Ende des Jahres 1966. Am 31.12.1966 haftet das Grundstück gerade noch für die Rückstände der Jahre 1962-1966. Am 1.1.1967 sind die Rückstände des Jahres 1962 verjährt.

2. Künftige Zinsen:

a) Laufende Zinsen sind nach der Legaldefinition des § 1158 die Zinsen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden. Dieser Satz ist wegen des dazwischengeschobenen Relativsatzes sprachlich nicht gerade glücklich bzw. leicht verständlich. Dazuhin bedingte die Negation "nicht später als" das nachfolgende "oder", wodurch die Einheit, die die Zinsen aus den beiden Vierteljahren bezüglich der Übertragungswirkung bilden sollen, nicht ohne weiteres ersichtlich ist.

Der Gesetzgeber respektierte mit dieser Regelung die Verkehrssitte, Zinsen bei der Fälligkeit und auch zeitlich etwas im voraus ("oder dem folgenden Vierteljahr") zu entrichten, ohne jeweils Grundbuch oder Brief wegen der Gläubigerschaft einzusehen und ohne die Entrichtung im Grundbuch oder auf dem Brief zu vermerken [101]. Wenn der Schuldner = Eigentümer bezüglich solcher "gegenwärtiger" Zinsen auf den seitherigen Grundbuchbestand vertraut, so soll er in diesem Vertrauen geschützt werden. Diese Sonderbehandlung der Zinsen aus dem genannten Zeitraum zum Schutz des Schuldners ändert aber nichts daran, daß es sich insoweit bereits um künftige Zinsen handelt, da sie im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht fällig sind.

Es ist heute unstreitig [102], daß § 1158 wörtlich zu nehmen ist und es deshalb auf die in dem bestimmten Zeitraum fällig werdenden Zinsen, nicht auf die für den bestimmten Zeitraum geschuldeten bzw. in dem bestimmten Zeitraum entstehenden Zinsen ankommt. Das bedeutet: maßgebend für Beginn und Ende des in § 1158 einer Sonderregelung unterworfenen Zeitraums ist die Kenntnis des Eigentümers von der Übertragung. Sind die Zinsen vierteljährlich postnumerando fällig und erfährt der Eigentümer am 10. 4. eines Jahres die Abtretung, so unterwirft der Gesetzgeber aus der Gesamtheit der künftig fällig werdenden Zinsen die Zinsen des zweiten und des dritten Kalendervierteljahres einer Sonderregelung, die im einzelnen noch darzustellen sein wird. Dabei orientiert sich das Gesetz an den Kalendervierteljahren auch dann, wenn die Zinsraten nicht jeweils am Ende oder Beginn eines Kalendervierteljahres, sondern irgendwann zwischendrin fällig werden.

b) Sonstige künftige Zinsen sind alle später als in dem unter a) beschriebenen Zeitraum fällig werdenden Zinsen. Für sie fehlt jede besondere Regelung in Be-

---

101) Heck, § 97 I 1; Baur in Soergel-Siebert, 4 zu § 1158.

102) Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1158; Planck-Strecker, 3 zu § 1158; Baur in Soergel-Siebert, 4 zu § 1158; Wolf, S. 54/55 spricht noch von tiefen Meinungsverschiedenheiten in dieser Frage. Diese rührten wohl daher, daß in den Protokollen VI, S. 254 in Anlehnung an eine ähnliche Regelung im Mietrecht (heute §§ 573/74) auch die Auffassung erwähnt ist, daß die sich auf den Halbjahreszeitraum beziehenden Zinsen, also die für diesen Zeitraum geschuldeten Zinsen, der Sonderregelung des § 1158 unterfallen. Diese Auffassung hat dann auch das OLG Braunschweig in OLG 4, 73, seiner Entscheidung zugrundegelegt und die Auffassung vertreten, daß es sich bei § 1158 um die Zinsen "für das laufende und kommende Vierteljahr handle".

zug auf die Übertragung und ihre Wirkung, so daß insoweit die allgemeinen Übertragungsvorschriften (§§ 1154, 1155) und die allgemeinen Übertragungswirkungen (§§ 1137, 1138, 1156, 1157) wie bei einer Übertragung der Hauptforderung einer Hypothek gelten.

V. DIE FORM DER ÜBERTRAGUNG UND IHRE WIRKUNG IM ENGEREN SINNE BEI RÜCKSTÄNDIGEN UND LAUFENDEN ZINSEN

1. Rückständige Zinsen:

a) Für die Übertragung der Zinsrückstände bestimmt § 1159, daß diese sich nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften richte, also nach §§ 398 ff. Der Grund hierfür ist der, daß sich die einzelne Zinsrate mit ihrer Fälligkeit von der Hauptforderung löst, selbständiger Gegenstand der Verfügung wird und als solcher konkreter Vermögensgegenstand nicht im Grundbuch eingetragen ist. Das Grundbuch gibt keine Auskünfte über Zahl und Höhe der Rückstände [103]. Ein guter Glaube an das Bestehen etwa behaupteter Zinsrückstände ist daher wirkungslos. Dann ist es aber auch nicht sinnvoll, die Übertragung von Zinsrückständen an die Formen des Hypothekenrechts zu binden. Denn die mit diesen Formen bezweckten Ziele sind ohnehin nicht erreichbar. Hier zeigt sich wieder einmal deutlich die Anhängsel-Natur des Zinswesens im Hypothekenrecht.

Ein formloser Vertrag zwischen Zedent und Zessionar läßt also die Zinsrückstände übergehen [104]. Man könnte nun meinen, daß damit dann auch die hypothekarische Sicherung dieser Zinsrückstände entfällt. Doch ist dies nicht der Fall. Gemäß § 401 geht auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Sie muß

---

103) Motive III, S. 713: "Das Grundbuch wird nicht über die einzelnen Zinsraten geführt".

104) § 1159 ist zwingend, Wolf, S. 82 ff. Die Parteien können also nicht einverständlich auf diese vereinfachte Form der Übertragung verzichten und auf der sachenrechtlichen Übertragung nach § 1154/55 beharren.
§§ 399, 400 gelten für alle Hypothekenzinsen, sind aber kaum praktisch.
§ 401 gilt nur für im Zeitraum der Abtretung fällige Zinsen. § 402 gilt für sämtliche Hypothekenzinsen. § 403 ist bei Abtretung nicht rückständiger Zinsen ersetzt durch § 1154 I S. 2, II (Briefhypothek) bzw. § 1154 III (Buchhypothek), gilt aber bei der schuldrechtlichen Übertragung rückständiger Zinsen.

es aber nicht. Denn im Gegensatz zum automatischen Hypothekenübergang nach § 1153 geht die Hypothek für die Zinsrückstände nicht über, wenn dieser Übergang vertraglich ausgeschlossen ist, was selbst stillschweigend geschehen kann [105].

So wenig das Entstehen oder Tilgen von Zinsrückständen im Grundbuch eingetragen wird, so wenig wird auch die Abtretung oder Belastung solcher Rückstände eingetragen. Eine diesbezügliche Eintragung ist nicht nur entbehrlich, sondern unzulässig [106]. Ebenso unzulässig ist, da sich die Übertragung nach schuldrechtlichen Grundsätzen vollzieht, die Bildung eines Teilhypothekenbriefs für die Rückstände [107]. Deshalb ist zur Geltendmachung von Zinsrückständen einer Briefhypothek auch nicht die Vorlage des Hypothekenbriefs erforderlich (§ 1160 III).

Wird der Übergang der Hypothek ausgeschlossen, so erlischt die Hypothek für die Zinsrückstände. Das ist allgemeine Meinung [108] und mit der entsprechenden Anwendung von § 1178 zu begründen, dem der allgemeine Grundsatz entnommen werden kann, daß aus Hypotheken für Zinsrückstände keine Eigentümergrundschulden werden sollen, ganz gleich, ob die Hypothek nicht mehr fortbestehen kann infolge einer Vereinigung von dinglichem Recht und Eigentum oder aus sonstigen Gründen [109].

§ 1159 gilt auch für gesetzliche Zinsen nach § 1118, soweit sie im Zeitpunkt der Abtretung bereits fällig waren. Ebenso in entsprechender Anwendung für Zinsen aus § 1146 [110]. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, es fehle insoweit an einer § 1159 I S. 2 entsprechenden Bestimmung. "Kosten" lassen sich eben nicht unter Zinsen und andere Nebenleistungen subsumieren. Deshalb mußte

---

105) Scherübl in Staudinger, 2 c zu § 1159.

106) KGJ 42 A 248; Schuster in RGRK, 2 zu § 1159; Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1159; Baur in Soergel-Siebert, 2 zu § 1159; wird jedoch die Hauptforderung mit sämtlichen rückständigen, laufenden und künftigen Zinsen abgetreten, so dürfte eine Eintragung der Abtretung "nebst Zinsen" möglich und unschädlich sein. Eine solche Eintragung ist dann eben nur auf die Zinsen zu beziehen, für die sie zulässig ist, also nicht auf die rückständigen Zinsen. So auch Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1159.

107) Scherübl in Staudinger, 1 f zu § 1159.

108) Wolff-Raiser, § 149 I 1; Planck-Strecker, 3 b zu § 1159; Scherübl in Staudinger, 2 c zu § 1159; Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1159;

109) Wolf, S. 86, wendet § 1250 II entsprechend an.

110) Scherübl in Staudinger, 2 c zu § 1159; a. A. Berg in Gruchot Beiträge Bd. 48 (1904), 781.

für sie die Anwendung von § 1159 I S. 1 ausdrücklich bestimmt werden. Dagegen sind Verzugszinsen, die im wesentlichen die gesetzlichen Zinsen i. S. von § 1118 sind, und Zinsen aus § 1146 echte Zinsen, die rückständig werden können.

b) Entsprechend der Übertragung richtet sich auch die Wirkung der Übertragung rückständiger Zinsen nach Schuldrecht:

aa) "Das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger bestimmt sich nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften". So heißt der hier entscheidende Satzteil von § 1159 I. Diese Verweisung ist in erster Linie bedeutsam für die Frage, welche Einwendungen und Einreden der Eigentümer dem dinglichen Anspruch auf Zinsrückstände entgegenhalten kann. § 404 ist hier offensichtlich ein Sammelbecken für mehrerlei Gegenrechte des Eigentümers. Die Transponierung des Rechtsverhältnisses Eigentümer - neuer Eigentümer ins Schuldrecht wird aber erst recht verständlich, wenn man sich zunächst einmal klarmacht, welche Einwendungen im weitesten Sinne der Eigentümer nach dem Hypothekenrecht hat.

Das sind einmal die Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechts verneinen. Baur [111] nennt sie anschaulich bestandsvernichtende Einwendungen. Der Eigentümer macht etwa geltend, die Hypothekenbestellung selbst sei unwirksam oder die Hypothek stehe wegen Forderungsübergang oder Forderungsuntergang jedenfalls nicht dem beanspruchenden Hypothekar zu. Sodann können dem Eigentümer aus seinem Rechtsverhältnis zum Hypothekar persönliche Einreden gegen das dingliche Recht zustehen. Schließlich hat der Eigentümer kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 1137 auch die Einreden des persönlichen Schuldners aus dem Schuldverhältnis einschließlich gewisser Gestaltungsrechte.

Alle diese Abwehrrechte bestehen aber im Falle der Abtretung von Forderung samt Hypothek nur vorbehaltlich eines gutgläubigen Erwerbs des Zessionars. Dies ergibt sich für die bestandsvernichtenden Einwendungen unmittelbar aus § 892, im übrigen aus §§ 1138, 1157 S. 2 in Verbindung mit § 892.

Durch die Verlagerung der Rechtsbeziehungen Eigentümer - neuer Gläubiger ins Schuldrecht sollen die Abwehrrechte des Eigentümers nicht geschmälert werden. Vielmehr soll dadurch die an den Rechtsverkehr nach Sachenrecht geknüpfte Gutglaubenswirkung ausgeschlossen werden. Deshalb bestimmt § 1159 II ausdrück-

111) § 38 VII 1 a.

lich, daß § 892 auf die Ansprüche nach § 1159 I keine Anwendung findet. Das bedeutet, daß der Eigentümer die Abwehrrechte, die ihm vor der Abtretung gegen den alten Gläubiger zustanden, auch nach der Abtretung dem neuen Gläubiger entgegenhalten kann. Der Eigentümer wird - obwohl nicht Schuldner - doch einem Schuldner hinsichtlich der Einwendungen und Einreden gleichgestellt. Der sonst durch § 892 eingeschränkte Grundsatz des § 404 [112] kommt bei Zinsrückständen voll zur Geltung und ist für den Eigentümer Rechtsgrundlage sowohl für Einwendungen und Einreden aus eigenem Recht als auch für solche aus den Rechtsbeziehungen persönlicher Schuldner - alter Gläubiger.

bb) § 405 ist im allgemeinen in Ansehung der Hypothek ausgeschlossen durch §§ 873, 892, 893, 1138, 1153, 1154, 1155, wonach Rechte an Grundstücken gutgläubig erworben werden können. Er hat gewöhnlich neben einem solchen gutgläubigen Erwerb nach Sachenrecht nur noch insofern Bedeutung, als er für die Forderung gilt und dem gutgläubigen Erwerber über § 1138 hinaus auch die Forderung und zwar nicht nur "in Ansehung der Hypothek" verschaffen kann. Das gilt für alle, auch die im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht fälligen Zinsen.

Durch § 1159 aber ist § 405 bezüglich rückständiger Zinsen auch auf das dingliche Recht für anwendbar erklärt. Geht also ein Zinsrückstandsgläubiger gegen den Eigentümer = persönlichen Schuldner aus der Hypothek vor, so kann ihm der Eigentümer das Nichtbestehen des Zinsrückstandes nicht entgegenhalten, wenn er eine Urkunde über die Zinsrückstandsschuld ausgestellt hat und die übrigen Voraussetzungen von § 405 zutreffen. § 405 schließt somit einen Teil der Lücke, die dadurch entstanden ist, daß Zinsrückstände außerhalb des Grundbuchs übertragen werden und damit auch nicht dem gutgläubigen Erwerb nach Sachenrecht unterliegen.

Dabei ist aber zu beachten, daß eine solche Urkunde des Schuldners nur dann für die Hypothek von Bedeutung ist, wenn der Schuldner zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks ist. Anerkennt allein der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner in einer Urkunde, daß er noch die und die hypothekarisch gesicherten Zinsrückstände schulde, so berührt das den Eigentümer nicht. Er hat

---

112) Man muß sich darüber im Klaren sein, daß im Grundsatz § 404 auch auf das dingliche Recht Anwendung findet. §§ 1137 und 1157 sind nichts anderes als Ausdruck des Rechtsgedankens von § 404 -, weil dem Hypothekenübergang eine Forderungsabtretung zugrundeliegt. Nur ist die Wirkung durch § 892 eingeschränkt.
Deshalb wendet Wolf, S. 45, zu Unrecht § 404 nur auf rückständige und laufende Zinsen an.

nicht anerkannt, weshalb § 405 gegen ihn nicht durchgreift. § 892 aber gilt bei Zinsrückständen nicht (§ 1153 II). Anerkennt umgekehrt nur der Eigentümer, daß auf seinem Grundstück noch die und die nicht getilgten Zinsrückstände lasteten, so kann der Zessionar zwar in Ansehung der Hypothek einen Erwerb über § 405 machen. Wird ihm jedoch bei der Abtretung nur die Urkunde hierüber vorgelegt, nicht auch eine Urkunde, in der der persönliche Schuldner selbst die Zinsrückstände anerkennt, so fehlt dem gutgläubig erworbenen dinglichen Recht das sachliche Substrat, nämlich die Forderung, die auch nicht über § 1138 wenigstens in Ansehung der Hypothek dazu erworben werden kann, weil § 1138 für Zinsrückstände nicht gilt. Hier scheidet also trotz Anerkenntnis einer Hypothek durch den Eigentümer eine dingliche Haftung aus. Der Zessionar hat ein nudum ius erworben. Dieses Ergebnis ist weder unbefriedigend noch korrigierbar. Es ist eine zwingende Folge des Akzessorietätsdogmas unseres Hypothekenrechts in Verbindung mit der in § 1159 für die Zinsrückstände getroffenen Regelung: keine Fremdhypothek ohne Forderung, für die aber - handelt es sich um Zinsrückstandsforderungen - nur Schuldrecht gilt, nicht §§ 1138, 892. Sind daher der persönliche Schuldner und der Eigentümer verschiedene Personen, so kann der Zessionar persönliche Forderung und dingliche Sicherung nur dann über § 405 erwerben, wenn er je eine Urkunde vom Schuldner über die Forderung und vom Eigentümer über die Rückstandshypothek erhalten hat.

Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 405 könnte sich in folgendem Fall ergeben: zum Schein wird ein Schuldversprechen über DM 50.000,-- zuzüglich Zinsen abgegeben, dafür am Grundstück des Versprechenden eine Hypothek bestellt und darüber eine entsprechende Urkunde übergeben. Nach einiger Zeit anerkennt der Versprechende in einer weiteren Urkunde, mit einigen Zinsraten im Rückstand zu sein. Der scheinbare Gläubiger tritt unter Vorlage beider Urkunden seine sämtlichen "Rechte" vorschriftsmäßig an D ab, der die Scheinnatur des Rechtsgeschäfts nicht kennt und nicht kennen muß. D erwirbt nach § 405 die Forderung über DM 50.000,-- zuzüglich künftiger Zinsen. Nach §§ 1153, 892, erwirbt D auch eine hypothekarische Sicherheit für diese Forderung. Die Frage ist, ob D über § 405 auch Gläubiger einer Zinsrückstandsforderung wird und auch hierfür eine dingliche Sicherheit erhält. Wolf [113] bejaht die erste, verneint jedoch die zweite Frage. Er weist auf den ex nunc-Erwerb nach § 892 hin, weshalb es für die Zeit davor, in der die Zinsrückstände entstanden sein sollen, an einem sachlichen Substrat fehle. § 405 komme nur in Frage, wenn eine Hypothek für die Hauptforderung zu der Zeit, zu der sich ein Erwerb nach § 405 vollziehe, bereits bestehe. Dies ergebe sich aus der Fassung des § 1159 und aus der Natur der Sache.

113) aufgeführt bei Wolf, S. 90.

Es erscheint sehr fraglich, ob man ausgerechnet - wie Wolf das tut - nach dem Erwerb der Zinsrückstandsforderung gemäß § 405 sagen kann: bis hierher und keinen Schritt weiter. Die Begründung von Wolf für die Verneinung einer Hypothek für den Zinsrückstand legt eine andere Zäsur nahe. Wolf verlangt, daß eine Hypothek für die Hauptforderung zu der Zeit bereits besteht, zu der der Erwerb nach § 405 sich vollziehen soll. Das bedeutet aber, daß dann auch eine Hauptforderung bereits bestehen muß, diese darf nicht uno actu erst mit der Zinsrückstandsforderung entstehen. Das aber führt dazu, daß man bereits den gutgläubigen Erwerb von Zinsrückstandsforderungen aus der Zeit vor Entstehen der Hauptforderung verneint. Im Zeitpunkt des Erwerbs der Hauptforderung nach § 405 können also nicht gleichzeitig Zinsrückstandsforderungen über § 405 erworben werden. § 405 will keinen gutgläubigen Erwerb um jeden Preis. Es sind dort nur ganz bestimmte Einwendungen gegen eine Forderung ausgeschlossen, wenn über diese Forderung eine Urkunde erstellt und hingegeben wurde. Der Forderungserwerb nach § 405 wirkt konstitutiv, nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt etwa der Ausstellung der Urkunde. Somit kann der Schuldner gegen die Zinsrückstandsforderung einwenden, diese könne garnicht entstanden sein, da ja die Hauptforderung erst jetzt rechtsbegründend gutgläubig erworben worden ist. Diese Einwendung ist m.E. dem Schuldner nach § 405 nicht verwehrt. Fehlt es aber schon an einer gutgläubig erworbenen Zinsrückstandsforderung, so entfällt natürlich auch eine diesbezügliche dingliche Sicherung.

Aber auch wenn man dieser Argumentation nicht folgt, so geht es m.E. nicht an, ausgerechnet zwischen dem gutgläubigen Erwerb der Zinsrückstandsforderung und der dinglichen Sicherheit hierfür den entscheidenden Trennungsstrich zu ziehen. Weder § 1159 noch die Natur der Sache gebieten dies. Vielmehr ist dann der Urkundenaussteller zu Recht auch noch mit einer Zinsrückstandshypothek belastet.

So wenig praktisch § 405 im Zusammenhang mit der Abtretung vermeintlicher Zinsrückstände auch ist, so zeigt sich daran doch, daß sich die sachbedingte Herausnahme der Zinsrückstände aus dem Sachen- und Grundbuchrecht nicht nur - wie es zunächst den Anschein haben mag - zum Schutz des Schuldners und Eigentümers, sondern im Falle des § 405 auch zum Schutz des Neugläubigers auswirkt.

cc) Durch die Verweisung von § 1159 auf §§ 406-408 verliert § 1156 für Zinsrückstände jede Bedeutung.

Eine abgetretene Zinsrückstandsforderung wird in der Regel [114] fällig sein, da sie ja gerade dadurch entstanden ist, daß der Fälligkeitstermin ungenutzt verstrichen ist. Wird nun auch die vom Schuldner = Eigentümer erworbene Forderung vor der Kenntnis des Schuldners von der Abtretung fällig, so ist die Aufrechnung nach § 406 zulässig, weil im Zeitpunkt der Kenntnis die Aufrechenbarkeit bestand. Ist der Eigentümer nicht mit dem persönlichen Schuldner identisch, so kann er sich doch auf die Aufrechnung berufen. Wird die zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung des Schuldners dagegen erst nach der Kenntnis von der Abtretung fällig, so entfällt die Aufrechnungsbefugnis, weil im Zeitpunkt der Kenntnis keine Aufrechnungslage bestand. § 406 will ja dem Schuldner nur die im Zeitpunkt der Kenntnis zustehende Aufrechnungsbefugnis erhalten. So vereinfacht sich die zweite Einschränkung der Aufrechenbarkeit in § 406 für den Fall der Abtretung fälliger Zinsrückstände dahin, daß die Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn die Gegenforderung erst nach der Kenntnis von der Abtretung erworben oder fällig wird.

Im übrigen gilt bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 406-408 auf Hypothekenzinsrückstände nichts besonderes. Entscheidend ist insgesamt, daß dem vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer eine unmittelbare und eine mittelbare Berufung auf §§ 406-408 möglich ist. Allerdings kann eine unmittelbare Berufung des vom Schuldner verschiedenen Eigentümers auf § 406 nicht praktisch werden. Denn der Anspruch des Gläubigers gegen den Eigentümer geht auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 1147). Eine Geldforderung des Eigentümers hiergegen ist nicht gleichartig i. S. von § 387 mit diesem Anspruch. Der Eigentümer kann also nicht aufrechnen [115].

Beruft sich der Eigentümer auf eine Einwendung aus eigener Person, so kommt es allein auf seine Gutgläubigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt an. Beruft er sich aber auf eine im Rechtsverhältnis persönlicher Schuldner - Gläubiger entstandene bestandsvernichtende Einwendung, so ist dessen Unkenntnis im Zeitpunkt der die Einwendung begründenden Handlung erforderlich. Der Eigentümer kann sich also nicht auf eine Leistung des Schuldners berufen, indem er seine - d. h. des Eigentümers - Unkenntnis in diesem Leistungszeitpunkt herausstellt. Wird etwa

---

114) eine Ausnahme würde etwa bei nachträglicher Stundung der zunächst einmal fällig gewordenen Zinsforderung vorliegen.

115) Scherübl in Staudinger, 1 zu § 1147; zumindest nicht eindeutig formuliert ist demgegenüber die Bemerkung von Scherübl in Staudinger, 2 c zu § 1159: "Der Eigentümer kann auch aufrechnen". Das kann er nur, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist und dann rechnet er nicht als Eigentümer, sondern als persönlicher Schuldner auf.

am 15.1.1967 eine zum Quartalsersten verzinsliche Hypothekenforderung einschließlich der Rückstände des Jahres 1966 sowie der ersten Rate 1967 abgetreten, und erfährt der Eigentümer von dieser Abtretung erst nach der Zahlung dieser Rückstände durch den persönlichen Schuldner, so kann er sich gleichwohl nicht auf seine Unkenntnis berufen, wenn der persönliche Schuldner etwa infolge Kenntnis von der Abtretung nicht schuldbefreiend an den Altgläubiger geleistet hat. Erfährt dagegen umgekehrt der Eigentümer von der Abtretung, ehe der persönliche Schuldner infolge Unkenntnis schuldbefreiend zahlt, so kann sich der Eigentümer auf diese Zahlung berufen. Er macht damit eine bestandsvernichtende Einwendung geltend, der gegenüber sich der Neugläubiger nicht auf § 892 berufen kann (§ 1159 II).

dd) § 409 gilt grundsätzlich für alle Hypothekenzinsen. Diese Vorschrift hat nicht den Widerstreit der Interessen des Rechtsverkehrs und der Interessen des Schuldners zum Gegenstand, weil ein Erwerb durch einen Dritten nur vorgetäuscht wird, in Wirklichkeit aber garnicht vorliegt. Vielmehr wird der Rechtsinhaber nur zum Schutz des Schuldners an seiner Anzeige bzw. Urkundenausstellung festgehalten. Diese Anzeige bzw. Urkundenausstellung geschieht jedoch außerhalb des Grundbuchs. Es ist deshalb zweifelhaft, ob § 409 auch dann noch seine Wirkung behält, wenn der Rechtsinhaber seine ihm trotz Anzeige nach § 409 in Wirklichkeit weiterhin zustehenden Hypothekenrechte nun wirksam auf einen anderen überträgt. Handelt es sich um die Hauptforderung mit den künftigen Zinsen, so geschieht die Übertragung nach Hypothekenrecht, so daß § 409 durch diese Formen und Vorschriften des Sachenrechts (§§ 1154, 1153, 1137, 1138) überspielt wird.

§ 409 gilt jedoch für alle Hypothekenzinsen, solange sie in der Hand dessen sind, der die wahrheitswidrige Anzeige abgegeben bzw. die wahrheitswidrige Urkunde ausgestellt hat. Die Zahlung an den in der Anzeige bzw. Urkunde Genannten ist eine bestandsvernichtende Einwendung, die insbesondere auch dem Eigentümer zusteht.

Darüberhinaus gilt § 409 für Hypothekenzinsrückstände auch dann, wenn diese nach Anzeige bzw. Urkundenausstellung rechtswirksam an einen anderen als den in der Anzeige bzw. Urkunde Bezeichneten abgetreten werden. Denn in diesem Fall muß über § 404 eine Berufung auf § 409 möglich sein. Zeigt also der Gläubiger dem Schuldner = Eigentümer die Abtretung von Zinsrückständen an, so muß nicht nur er, sondern auch sein Rechtsnachfolger die Anzeige gegen sich gelten lassen. Sind persönlicher Schuldner und Eigentümer nicht personengleich, so wirkt eine auf Grund einer Anzeige an den Schuldner von diesem geleistete Zah-

lung über § 404 als bestandsvernichtende Einwendung auch zugunsten des Eigentümers. Der Eigentümer selbst kann aber nur dann schuldbefreiend an den in der Anzeige Genannten leisten, wenn auch ihm gegenüber die Anzeige abgegeben wurde.

ee) § 410 tritt bei der Geltendmachung abgetretener Zinsrückstände an die Stelle von § 1160 I (§ 1160 III). Die Urkunde über die Abtretung ist bei der Geltendmachung des persönlichen wie auch des dinglichen Anspruchs erforderlich.

c) In § 1159 II ist expressis verbis nur die Anwendung von § 892 ausgeschlossen. Gelten §§ 891, 893 bei der Abtretung und Geltendmachung von Hypothekenzinsrückständen? In den Motiven [116] sind beide Vorschriften für anwendbar erklärt, ja es heißt dort sogar, "ihre Anwendung erscheint im Interesse der Beteiligten unerläßlich". Eine Begründung dafür wird jedoch nicht angegeben.

aa) § 891 wird in der Literatur noch teilweise für anwendbar gehalten [117]. Überwiegend wird die Brauchbarkeit dieser Vorschrift mit der Begründung verneint, der neue Gläubiger werde hinsichtlich der Zinsrückstände nicht eingetragen [118]. Gleichwohl wird bei Staudinger [118] § 891 noch insoweit eine Bedeutung beigemessen, als danach zu vermuten sei, daß der Abtretende Gläubiger der Rückstände war; der neue Gläubiger habe dann nur ihre Abtretung zu beweisen.

Im Ergebnis ist es richtig, § 891 auf Hypothekenzinsrückstände nicht anzuwenden. Die Begründung in der Literatur ist jedoch etwas dürftig. Ausgangspunkt einer Überlegung muß sein, daß über Zinsrückstände nicht "Buch geführt" wird. Deshalb sieht man dem Grundbuch auch nicht an, ob Zinsrückstände bestehen oder nicht und wenn sie bestehen, in wessen Hand sie sind. Deshalb ist für eine Vermutung nach § 891, der ein eintragbares Recht voraussetzt, kein Raum, auch

116) Motive III, S. 714. Die dort genannten §§ 826, 838 des Entwurfs zum BGB, 1. Lesung, stimmen überein mit §§ 891, 893 heute.

117) Hoche in Palandt, 3 zu § 1159; Planck-Strecker, 3 d zu § 1159 mit der Beschränkung auf den Fall, daß der neue Gläubiger mit den Zinsrückständen eingetragen ist. Wie es dazu kommen soll, ist nicht klar, zumal im selben Kommentar eine Seite vorher, 3 a zu § 1159, festgehalten ist, daß die Übertragung von Zinsrückständen nicht eingetragen werden kann.

118) Scherübl in Staudinger, 2 f zu § 1159; Schuster in RGRK, 6 zu § 1159; Wolf, S. 85, Hoeniger, S. 22.

nicht in dem eingeschränkten Sinne, wie dies bei Staudinger angenommen wird. Ist der Abtretende als Berechtigter der Hypothek eingetragen, so ist nur eine Vermutung dahin denkbar, daß der Abtretende im Zeitpunkt der Entstehung des Zinsrückstands Gläubiger war, nicht jedoch dahin, daß er auch noch im Zeitpunkt der Abtretung Gläubiger ist. Denn inzwischen kann ja der Zinsrückstand bezahlt oder anderweitig abgetreten worden sein. Diese weitgehend eingeschränkte Vermutung für den Zeitpunkt der angeblichen Entstehung des Rückstands ist aber praktisch nicht verwertbar. Hypothekenzinsrückstände folgen nun einmal nicht sachenrechtlichen Vorschriften, sondern genießen nur noch im Falle ihres Nachweises nach Schuldrecht einen - nicht einmal unantastbaren - dinglichen Schutz.

bb) § 893 ist abgelöst durch § 407, soweit es sich um den Schutz des Schuldners bzw. Eigentümers bei einer Leistung nach Abtretung der Zinsrückstände an den ursprünglichen Berechtigten handelt. Insoweit bedarf es also zum Schutz des Schuldners und des Eigentümers einer Heranziehung von § 893 nicht.

Damit ist aber der Bedeutungsgehalt dieser beiden Vorschriften noch nicht kongruent. Denn § 893 umfaßt nicht nur den Fall, daß der ursprünglich Berechtigte aus irgendeinem Grund nicht mehr berechtigt, wohl aber noch eingetragen ist und der Schuldner trotzdem noch schuldbefreiend an ihn leistet, sondern auch die Fallgestaltung, daß der Eingetragene noch nie Berechtigter war. Leistet in diesem Fall der Eigentümer die Hauptforderung an den eingetragenen Nichtberechtigten, so wird er nach §§ 893, 892 frei. Leistet er Zinsen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit, so wird nicht bezweifelt, daß auch diese Leistung schuldbefreiend wirkt. Läßt aber der Eigentümer die Zinsen rückständig werden und leistet er erst dann an den zu Unrecht Eingetragenen, so stellt sich die Frage, ob er etwa deshalb nicht von der Schuld befreit wird, weil es für die Zinsrückstandshypothek im Grunde keinen eingetragenen Berechtigten gibt.

Es wäre falsch, allein mit dieser Begründung die Anwendung von § 893 auf Zinsrückstände überhaupt abzulehnen [119]. § 893 hat zwar in der Tat im Zusammenhang mit der Abtretung von Zinsrückständen (§ 1159) keinen Anwendungsbereich, weil insoweit der Zweck von § 893 durch § 407 erfüllt wird. Bei der anderen Fallgestaltung aber, die nichts mit einer Abtretung zu tun hat, sondern bei der der Eingetragene schon im Zeitpunkt des Entstehens der Zinsrückstände Nichtberechtigter ist, sind andere Überlegungen anzustellen. Hier ist dem Eigentümer schon geholfen, wenn man seinen guten Glauben an die Berechtigung des Eingetragenen im Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsforderung schützt und diesen Schutz bis zur

119) so aber Hoeniger, S. 22; Wolf, S. 85.

Begleichung der Schuld an den vermeintlich Berechtigten fortwirken läßt. Irgendein rechtsgeschäftlicher Vorgang zwischen Fälligkeit und Zahlung ist nicht festzustellen. Die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind sonach von einer Fortwirkung des Schutzes nicht betroffen. Dies ist auch der entscheidende Unterschied zu dem oben bei § 891 ausgeführten, wo eben gerade ungewiß ist und durch Berufung auf § 891 geklärt werden soll, ob ein Rechtsvorgang zwischen Entstehung und Geltendmachung des Zinsrückstands war oder nicht. Der Grundgedanke der §§ 893, 407 erfordert deshalb eine befreiende Zahlung der rückständigen Zinsen durch den Eigentümer an den Nichtberechtigten [120]. Es wäre einfach ein unsinniges Ergebnis, wollte man den Eigentümer schützen, der am Tage der Fälligkeit leistet, nicht aber den, der einen Tag später zahlt. Eine Zahlung des vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners hat freilich damit nichts zu tun. Ihre Wirkung bestimmt sich ausschließlich nach Schuldrecht.

Damit läßt sich der allgemeine Grundsatz aufstellen, daß § 893 auch auf Zinsrückstände anwendbar ist, wenn der Eingetragene bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Zinsen Nichtberechtigter war und keine Veränderungen in der Rechtszuständigkeit zwischen Eintritt der Fälligkeit und Zahlung der Zinsrückstände bekannt sind bzw. geltend gemacht werden.

2. Laufende Zinsen:

a) Übertragung:

Die laufenden Zinsen wurden - wie bereits dargestellt - nicht wie die rückständigen Zinsen auch zur Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit ihnen, sondern allein zum Schutz des in Unkenntnis von der Abtretung leistenden Eigentümers einer besonderen Regelung in § 1158 unterworfen. Da die Übertragung dieser laufenden Zinsen nicht erleichtert werden sollte, sagt § 1158 im Gegensatz zu § 1159 auch kein Wort zur Übertragung dieser Zinsen. Das bedeutet, daß die laufenden Zinsen, was die Übertragung betrifft, von den sonstigen künftigen Zinsen nicht zu unterscheiden sind und wie diese nach sachenrechtlichen Vorschriften übertragen werden.

b) Dagegen bestimmt sich die Wirkung der Übertragung laufender Zinsen ebenfalls im wesentlichen nach den Vorschriften des Schuldrechts, nämlich nach §§ 404 ff.

---

120) Scherübl in Staudinger, 2 g zu § 1159.

aa) Zunächst fällt auf, daß § 405 in § 1158 weggelassen ist. Als Redaktionsversehen wird man es kaum bezeichnen können, wenn aus einer Kette von Paragraphen ausgerechnet ein Paragraph herausgenommen ist. Und doch hält die h. M. [121] § 405 auch im Rahmen von § 1158 für anwendbar. Das wird damit begründet, daß § 405 lediglich eine Einschränkung der dem Schuldner in § 404 gegebenen Einwendungen enthalte. Der Schuldner kann nämlich dem neuen Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen nicht die Scheinnatur eines Rechtsgeschäftes entgegenhalten, sondern muß zahlen, was er nicht hätte tun müssen, wenn die Abtretung unterblieben wäre.

bb) In § 1159 II ist für die rückständigen Zinsen ganz allgemein bestimmt, daß § 892 auf sie keine Anwendung findet. In dieser Allgemeinheit schließt § 1158 die Anwendung des § 892 auf laufende Zinsen nicht aus. Dort ist vielmehr nur gesagt, daß sich der neue Gläubiger gegenüber Einwendungen des Eigentümers aus §§ 404, 406 - 408, 1157 nicht auf § 892 berufen könne. Es ist zu prüfen, ob diese unterschiedliche Formulierung des Gesetzgebers auch in der Sache einen Unterschied bedeutet.

Unter V 1 b aa dieses Kapitels ist bereits festgehalten, daß im Grunde sämtliche Einwendungen und Einreden des Schuldners und auch des Eigentümers aus § 404 herzuleiten sind. Das gilt sicher für die in § 1137 behandelten Einreden des persönlichen Schuldners. Der Terminus "Einwendungen" in §§ 404, 1158 ist nicht im rechtstechnischen Sinne als rechtsvernichtender oder rechtsverneinender Einwand zu verstehen, sondern umfaßt echte Einwendungen und rechtshemmende Einreden. § 1137 ist daher durch § 404 in § 1158 mittelbar zitiert [122]. § 404 ist nur im Bereich des Hypothekenrechts modifiziert durch die Gutglaubenswirkung des § 892. Dementsprechend hätte es auch nicht unbedingt der Aufnahme von § 1157 in § 1158 bedurft, da auch diese Einreden aus der Hypothek in § 404 untergebracht werden können [123]. Aber nachdem es der Gesetzgeber für notwendig erachtet hat, die Zulässigkeit der Einreden aus der Hypothek in § 1157 be-

---

121) OLG Breslau in OLG 29, 384; Scherübl in Staudinger, 1 f zu § 1158; Schuster in RGRK, 9 a. E. zu § 1158; Baur in Soergel-Siebert, 4 zu § 1158.

122) Wolf, S. 75.

123) Wie wenig entscheidungserheblich die Zitierung von § 1157 in § 1158 sein kann, erhellt auch daraus, daß sonst § 1157 auch in § 1159 gesondert hätte aufgeführt werden müssen, wenn die Einreden aus § 1157 nicht bereits von den Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere § 404, erfaßt wären.

sonders hervorzuheben, lag es immerhin nahe, die unmittelbar nachfolgende Vorschrift des § 1158 darauf abzustimmen.

Nur von dieser Grundauffassung des Verhältnisses von § 404 zu §§ 1137, 1157 her ist es auch zu verstehen, daß der Gesetzgeber in § 1158 2. Halbsatz dem Eigentümer keine Einwendungen konstitutiv zuspricht, sondern diese mit der Formulierung "welche dem Eigentümer nach § 404 zustehen" als bestehend voraussetzt. Der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks ist ähnlich einem Bürgen zu nicht mehr verpflichtet, als der Schuldner aus dem Schuldverhältnis. Deshalb hat er auch die zahlreichen Einwendungen gegen die Hypothek nicht nur aus eigenem Recht, sondern auch aus dem Recht des persönlichen Schuldners. § 1158 umfaßt daher in gleichem Umfang Einwendungen und Einreden gegen die Hypothek wie § 1159. Ein sachlicher Unterschied zwischen diesen beiden Vorschriften besteht insoweit nicht.

Wenn aber § 404 sämtliche Abwehrrechte des Eigentümers umfaßt, so ist auch nach § 1158 a.E. die Berufung des neuen Gläubigers auf § 892 gegen alle diese Einwendungen und Einreden nicht zulässig. Dabei wird nicht verkannt, daß Anlaß zu der Vorschrift des § 1158 nicht war, dem Eigentümer auch durch Berufung auf § 892 nicht aus dem Feld zu schlagende Einreden aus der Forderung und aus der Hypothek zu geben, sondern ihn gegen eine doppelte Inanspruchnahme zu schützen, wenn er die bald fällig werdenden Zinsen im voraus bezahlt, ohne jeweils Grundbuch bzw. Brief darauf einzusehen, ob der bisherige Gläubiger immer noch Gläubiger ist. Aber eine Gleichbehandlung sämtlicher Einwendungen und Einreden war wohl unumgänglich, wollte man die ohnehin schon komplizierte Regelung nicht noch mehr differenzieren.

cc) Ein Unterschied zu § 1159 besteht jedoch in der Frage, auf wessen Kenntnis von der Abtretung es bei der Geltendmachung einer Einwendung ankommt. Während bei § 1159 die Kenntnis bzw. Unkenntnis jeweils dessen entscheidend ist, aus wessen Bereich (Schuldner oder Eigentümer) die Einwendung hergeleitet wird, ist in § 1158 nur auf die Kenntnis des Eigentümers von der Abtretung abgestellt. Der Eigentümer kann sich daher auf eine schuldbefreiende Leistung des persönlichen Schuldners nur berufen, wenn bei ihm die Voraussetzungen des § 1158 gegeben sind. Es ist z.B. eine jeweils zum Quartalsende verzinsliche Hypothekenforderung am 5.1.1967 samt den für das Jahr 1966 rückständigen und den künftigen Zinsen abgetreten worden. Eigentümer und Schuldner sind verschiedene Personen. Der Eigentümer erlangt am 15.1.1967, der Schuldner erst im Januar 1968 Kenntnis von der Abtretung. Der Schuldner zahlt schuldbefreiend am 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12. die jeweils fällige Rate an den bisherigen

Gläubiger, mit der letzten Rate auch den Zinsrückstand aus dem Jahr 1966. Hier kann sich der Eigentümer bezüglich des Rückstandes gemäß § 1159 auf die Zahlung des persönlichen Schuldners berufen, bezüglich der laufenden Zinsen aber nur auf die in dem von seiner Kenntnis abhängigen halben Jahr fällig gewordenen und bezahlten Zinsraten. Da er am 15.1.1967 schon Kenntnis erlangt hat, kann er sich nur auf die Zahlungen vom 31.3. und 30.6. berufen. Aus dieser möglicherweise unterschiedlichen Behandlung von Schuldner und Eigentümer im Falle der Zahlung laufender Zinsen nach der Abtretung folgt der Rat an die Eigentümer, die von einer Abtretung erfahren: sofort den persönlichen Schuldner von der Abtretung unterrichten, falls dieser nichts davon weiß und weiterhin schuldbefreiend an den bisherigen Gläubiger zahlt, was dem Eigentümer nur für einen begrenzten Zeitraum zugutekommt.

dd) Die Anwendung von § 406 im Zusammenhang mit § 1158 soll an einem Beispiel erläutert werden: auf dem Grundstück des E, der zugleich persönlicher Schuldner ist, lastet eine Hypothek für eine Forderung von DM 50.000,-- nebst 7 1/2% Zinsen jährlich, wobei die Zinsen jeweils postnumerando nach Ablauf eines Kalendervierteljahres zu zahlen sind. Am 15.1.1967 tritt der Gläubiger A die Forderung samt Zinsen an B ab, was der Eigentümer am 15.2.1967 erfährt.

Hat E am 15.2.1967 bereits eine fällige Gegenforderung gegen A, so kann er sie, da er regelmäßig schon jetzt zur Leistung berechtigt sein wird (§ 271 II), gegen die am 31.3. und 30.6. fällig werdenden Zinsraten gegenüber B aufrechnen. Das gleiche gilt, wenn die am 15.2. bereits bestehende Gegenforderung des E jedenfalls noch vor dem 31.3. fällig wird. Wie aber ist es, wenn die Gegenforderung zwischen den beiden Zinsterminen vom 31.3. und 30.6. fällig wird? Hier kann E gegenüber der ersten Rate nicht aufrechnen, da er keine fällige Gegenforderung hat. Er muß am 31.3. an B zahlen, wenn er die Zwangsvollstreckung vermeiden will. Dagegen kann E aufrechnen, wenn B die Rate vom 30.6. fordert, weil inzwischen die Gegenforderung fällig geworden ist und auf sie alle Merkmale der §§ 406, 1158 zutreffen. So entsteht das eigenartige Ergebnis, daß E zunächst keine Einwendung geltendmachen, sich aber ausgerechnet bei einer späteren Rate dann doch auf Aufrechnung berufen kann.

ee) Bei der Anwendung von § 407 im Rahmen von § 1158 ist folgendes zu beachten:

1. Leistet der Eigentümer vor Kenntnis von der Abtretung an den alten Gläubiger, so entscheidet sich erst im Zeitpunkt der Kenntnis, in welchem Umfang diese Leistung geeignet ist, die Zwangsvollstreckung abzuwenden.

Denn erst die Kenntnis macht das Halbjahr offenbar, bezüglich dessen der Eigentümer in § 1158 privilegiert ist. Bei Leistungen bzw. Rechtsgeschäften des Eigentümers vor Fälligkeit bestimmt also die Kenntnis nach § 1158 dann nur noch den Umfang der Gültigkeit der Leistungen und Rechtsgeschäfte.

2. Leistet der Eigentümer nach Kenntnis von der Abtretung, so ist § 407 überhaupt unanwendbar, weshalb auch das in § 1158 genannte Halbjahr keine Rolle spielt. Der Eigentümer kann mit solchen Leistungen die Zwangsvollstreckung nicht vermeiden.

3. Beruft sich der Eigentümer dagegen auf eine Leistung, Aufrechnung bzw. auf Rechtsgeschäfte des persönlichen Schuldners, so hat seine Kenntnis nicht dieselbe einschneidende Wirkung, daß ihn nämlich eine zeitlich nach seiner Kenntnis liegende Leistung des persönlichen Schuldners nicht mehr entlasten könnte. In diesem Fall bemißt sich vielmehr nur der Umfang der ihm möglichen Einwendung nach dem Zeitpunkt, zu dem er die Kenntnis erlangt hat. Ein Beispiel soll dies erläutern: der persönliche Schuldner S einer am 1.1.1967 abgetretenen Forderung, für die auf dem Grundstück des E eine Hypothek bestellt ist, zahlt am 15.1.1967 die gesamten am 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12.1967 fällig werdenden Zinsen an den alten Gläubiger.

Hatte S schon im Zeitpunkt der Zahlung Kenntnis von der Abtretung, so hilft dem Eigentümer E etwaige eigene Unkenntnis - und dauere sie über das ganze Jahr 1967 - gar nichts. Die Unkenntnis des S am 15.1.1967 ist also nicht nur von Bedeutung für sein eigenes Freiwerden von der Schuld, sondern auch Grundvoraussetzung für jede Wirkung zugunsten des E.

Weiß S am 15.1.1967 nichts von der Abtretung, so ist er von seiner Leistungspflicht für das ganze Jahr 1967 freigeworden (§ 407). Wieweit diese Einwendung des S auch dem E hilft, das bemißt sich allein nach dem Zeitpunkt seiner Kenntnis von der Abtretung. Hatte er die Kenntnis bereits vor dem 15.1.1967 oder erlangt er sie bis spätestens 31.3.1967, so kann er sich nach § 1158 nur bezüglich der am 31.3. und 30.6. fälligen Zinsen auf die Zahlung des S berufen. Erlangt er die Kenntnis dagegen erst in den Monaten Juli bis September, so kommt ihm auch die Zahlung des S für das zweite Halbjahr 1967 zugute. Wann der Schuldner S nach seiner schuldbefreienden Zahlung Kenntnis von der Abtretung bekommt, ist für E unerheblich.

ff) Über dieses halbe Jahr des § 1158 hinaus genießt der Eigentümer gewöhnlich keinen Schutz. Dieser Satz bedarf jedoch einer Bemerkung in zweierlei Richtung:

1. § 1158 gewährt dem Eigentümer Schutz ganz unabhängig davon, ob dieser im Vertrauen auf den alten Buchbestand geleistet hat oder nicht. Denn § 1158 will ja gerade den Eigentümer schützen, der ohne Einsicht in Grundbuch oder Brief leistet. Solange der Eigentümer nicht im Grundbuch oder auf dem Brief den Gläubigerwechsel gesehen und auch nicht von sonst woher die Abtretung positiv erfahren hat, ist er ohne Kenntnis i. S. von § 1158 [124]. Die Beweislast für die Kenntnis des Eigentümers von der Übertragung trifft den neuen Gläubiger [125]. Ein über § 1158 hinausgehender Schutz, etwa nach § 893, ist zumindest bei der Buchhypothek kaum denkbar. Bei ihr bedarf es zu einer Übertragung der Forderung samt Zinsen der Eintragung im Grundbuch (§§ 1154 III, 873). Solange eine Übertragung nicht eingetragen ist, ist die Forderung noch nicht übergegangen, so daß die Leistung an den noch zu Recht Eingetragenen nicht unter § 893 fällt, sondern zunächst wirksam ist und erst später durch einwendungsfreien Erwerb des Neugläubigers nach § 892 hinfällig werden kann. Ist aber die Übertragung eingetragen, so kann der Eigentümer nicht mehr im Vertrauen auf den alten Buchstand an den ursprünglich Berechtigten leisten. Es fehlt jeweils an der Eintragung eines Nichtberechtigten i. S. von § 893.

   Bei der Briefhypothek ist es zwar viel eher denkbar, daß der ursprünglich Berechtigte im Grundbuch als Berechtigter eingetragen bleibt, weil sich die Abtretung außerhalb des Grundbuchs vollziehen kann (§§ 1154 I, 1155). Nach absolut h. M. befreit aber hier eine Leistung an den eingetragenen Nichtberechtigten, der nicht im Briefbesitz ist, niemals [126], weil eben die Eintragung allein keine Gewähr für die Berechtigung gibt. Nur falls der eingetragene Nichtberechtigte aus irgendeinem Grund wieder in den Besitz des Briefes gelangt ist, ist eine befreiende Leistung des gutgläubigen Eigentümers denkbar [127]. In diesem Fall ist es auch nicht ausgeschlossen, daß sich der Eigentümer über § 893 auf eine den Halbjahreszeitraum des § 1158

---

124) Scherübl in Staudinger, 1 b zu § 1158.

125) Scherübl in Staudinger, 2 e zu § 1158; Hoche in Palandt, 2 zu § 1158.

126) RGZ 150, 356; Hoche in Palandt, 2 zu § 893; Baur in Soergel-Siebert, 2 zu § 893; Baur, § 38 VI 4.

127) Hoche in Palandt, 2 zu § 893. Da Erklärungen über die Abtretung i. S. von §§ 1154 I, 1155 nicht auf dem Brief selbst abgegeben werden, kann der Eigentümer aus dem Brief die Abtretung nicht erkennen.

überschreitende Leistung an den Nichtberechtigten beruft [128]. § 893 wird durch § 1156 nicht ausgeschlossen. Praktisch dürfte dieser Fall allerdings nur selten vorkommen.

2. Bei weitergehenden als durch § 1158 gedeckten Vorauszahlungen oder Vereinbarungen kann sich der Eigentümer für den Fall der Abtretung dem neuen Gläubiger nur dadurch sichern, daß er im Falle der Buchhypothek den geleisteten Teilbetrag löschen oder die Vereinbarung eintragen läßt und im Falle der Briefhypothek die teilweise Befriedigung auf dem Brief vermerken läßt (§ 1145) [129]. Dies ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1145 II auch bei Zinsen und anderen Nebenleistungen möglich, wenn die Zahlung den Zeitraum des § 1158 überschreitet.

VI. DIE WIRKUNG DER ÜBERTRAGUNG IM WEITEREN SINNE

1. Die schuldrechtliche Seite:

Bei der Abtretung von Zinsrückständen ist es ganz unzweifelhaft, daß der Zessionar wie jeder andere Erwerber einer Forderung völlig selbständiger Rechtsinhaber wird und über die erworbene Forderung nach Gutdünken durch Einziehung, Aufrechnung oder Erlaß verfügen kann. Aber schon bei der Abtretung bestimmter künftiger Zinsraten stellt sich die Frage, ob der zedierende Gläubiger der Hauptforderung etwa verpflichtet ist, die Hauptforderung so lange nicht zu kündigen, bis die abgetretenen Zinsraten entstanden und fällig geworden sind. Wird schließlich der gesamte künftige Zinsbezug abgetreten, so drängt sich vollends die Frage auf, wie stark und mit welchen Befugnissen ausgestattet die Rechtsposition des neuen Zinsgläubigers ist.

a) Durch die Abtretung künftiger Zinsraten ist keineswegs die zwischen Hauptforderung und Zinsforderung bestehende Akzessorietät zerschnitten. Vielmehr

---

128) Wolf, S. 68, unterscheidet nicht zwischen Buch- und Briefhypothek, sondern hält ganz allgemein eine über § 1158 hinausgehende Berufung auf § 893 für möglich, wenn der Eigentümer im Vertrauen auf den alten Buchstand an den bisherigen Gläubiger geleistet hat. Das geht sicher zu weit.

129) Scherübl in Staudinger, 1 f zu § 1145 und 2 f zu § 1158.

können künftige Zinsraten nur so lange noch entstehen und fällig werden, als die Hauptforderung weiterbesteht [130]. Das ist eine Binsenwahrheit und bedarf keiner weiteren Begründung. Wie lange aber die Hauptforderung besteht, das ist Sache des Rechtsverhältnisses Schuldner - Gläubiger der Hauptforderung. Man wird daher den Grundsatz aufstellen können, daß der Gläubiger der Hauptforderung auch Herr der abgetretenen Zinsforderungen insofern bleibt, als er durch Kündigung und Einziehung des Kapitals den Zinsenbezug zum Erlöschen bringen kann, soweit dies sein Schuldverhältnis zum Schuldner zuläßt [131]. Es würde eine zu weit gehende Einschränkung der Gläubigerbefugnisse bedeuten, wollte man vom Kapitalgläubiger verlangen, daß er nur im Einvernehmen mit dem Zinsgläubiger die Hauptforderung zum Erlöschen bringt. Hätten die Beteiligten eine solche Abhängigkeit von einander gewollt, so hätten sie statt der Abtretung einen Nießbrauch bestellen müssen (vgl. §§ 1077 ff.). Eine ganz andere und hier nicht zu erörternde Frage ist es, ob sich der Kapitalgläubiger dem Zinsgläubiger aus dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er die Hauptforderung früher als bei der Abtretung des Zinsbezuges erwartet zum Erlöschen bringt.

In diesen Zusammenhang gehört eine von Wohlfahrt [132] behandelte Fallgestaltung, wonach vor Trennung von Hauptforderung und Zinsbezug ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall vereinbart wurde, daß der Schuldner die Zinsen weder bei Fälligkeit noch binnen einer kurzbemessenen Nachfrist zahlt. Bei der Abtretung der Hauptforderung hatte sich dann der Zedent den Zinsbezug vorbehalten. Wer ist nun zur Kündigung befugt, wenn der ins Auge gefaßte Fall eintritt, der Kapital- oder der Zinsgläubiger? Das Gesetz sagt hierzu gar nichts. Es kommt also, wenn man es rechtstheoretisch für zulässig erachtet, in diesem Fall auch oder nur dem Zinsgläubiger das Kündigungsrecht zu geben, auf die Auslegung des Willens der Parteien bei der Abtretung an. Wohlfarth hält es hier für den Fall der außerordentlichen Kündigung wegen unpünktlicher Zinszahlung für zulässig, durch Vereinbarung dem Zedenten das Kündigungsrecht zu belassen.

---

130) Eine einzige Ausnahme hiervon macht das Gesetz in § 803 I. Der Grund liegt darin, daß die dort genannten und zum Zinsbezug berechtigten Zinsscheine wegen ihrer Umlauffähigkeit einen vom Hauptrecht unabhängigen Charakter angenommen haben. Der Schutz des Rechtsverkehrs verlangt die Fortgeltung der im Verkehr befindlichen Zinsscheine über den Fortbestand der Hauptforderung hinaus.

131) So auch Zschaler in LZ 1920, 286; Wohlfarth in LZ 1933, 1009; Kretzschmar in LZ 1915, 113. Im übrigen ist in Literatur und Rechtsprechung zu diesem Fragenkomplex nahezu nichts zu finden.

132) in LZ 1933, 1008.

Das Kündigungsrecht allein sei zwar kein Gegenstand des Rechtsverkehrs, das jemand zustehen könne, ohne daß er Inhaber der Forderung sei. Im Zusammenhang mit dem Zinszahlungsverzug aber sei es zu rechtfertigen, die Kündigungsbefugnis dem zu geben, dessen Forderung wegen die Kündbarkeit in den Vertrag aufgenommen wurde, und sie von dem Hauptrecht zu trennen. Aus dem Institut des Zinsvorbehalts selbst lasse sich zwar nichts für eine Zuschreibung des Kündigungsrechts zum Zinsvorbehalt herleiten. Wohl aber könnten sonstige Umstände der Abtretung, z.B. bloße Sicherungsabtretung der Hauptforderung, zu der Auslegung führen, daß der Zinsgläubiger kündigen darf.

Dieses Ergebnis von Wohlfarth ist beileibe nicht von dem einseitigen Wunsch diktiert, hier dem Zinsgläubiger zu helfen. Vielmehr geht dem Ergebnis eine eingehende Untersuchung voraus, wessen Schutz diese Kündigungsklausel dienen soll. Und darin liegt wohl die Hauptschwierigkeit. Denn die Kündigungsmöglichkeit gilt dem einheitlichen Recht von Hauptforderung und Zinsenbezug. Dem entspricht es auch, daß sie zu einer Zeit vereinbart wurde, als Hauptforderung und Zinsenbezug noch in einer Hand waren. Man kann weder sagen, durch die Kündigung solle allein dem Kapitalgläubiger die Möglichkeit gegeben werden, noch schnell vor einem Vermögensverfall des Schuldners, der sich durch unpünktliche Zinszahlung ankündige, zu seinem Geld zu kommen, noch kann man behaupten, allein das berechtigte Interesse an der pünktlichen Zinszahlung habe den Gläubiger die außerordentliche Kündigung ausbedingen lassen. Schließlich sind ja sämtliche Ansprüche dinglich gesichert. Dennoch steht wohl bei der Einräumung eines derartigen außerordentlichen Kündigungsrechts der Gedanke im Vordergrund, es dem Zinsgläubiger zu ersparen, sich nach Fälligkeit der einzelnen Zinsraten Befriedigung jeweils durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verschaffen, wozu er gezwungen ist, will er nicht die Verjährung des Rückstands oder einen Ausfall riskieren (vgl. § 10 ZVG). Dazu kommt, daß im speziellen Fall des Zinsvorbehalts bei Abtretung der Hauptforderung der Schuldner und der neue Gläubiger es in der Hand hätten, den Zinsvorbehalt recht bald dadurch wirkungslos zu machen, daß der Schuldner die Zinsen nicht pünktlich bezahlt und der neue Gläubiger alsdann das außerordentliche Kündigungsrecht ausübt. So mag trotz erheblicher Bedenken gegen eine Trennung der Kündigungsmöglichkeit von dem Hauptrecht in diesem Fall das Kündigungsrecht dem verbleiben, der einmal auch Inhaber der zu kündigenden Hauptforderung war. Rechtlich einwandfrei wäre allerdings gerade auch in diesem Fall die Vereinbarung eines Nießbrauchs für den Altgläubiger an der Hauptforderung. Es wurde aber bereits betont, daß der Zinsvorbehalt aus Kostengründen der Bestellung eines Nießbrauchs meist vorgezogen wird.

b) Wegen der dem jeweiligen Gläubiger der Hauptforderung zustehenden ordentlichen Kündigung muß der vom Gläubiger der Hauptforderung verschiedene Zinsgläubiger jederzeit damit rechnen, daß sein Zinsbezug früher endet als ursprünglich erwartet. Muß der Zinsgläubiger aber auch damit rechnen, daß zwar die Hauptforderung bestehen bleibt, der Gläubiger der Hauptforderung aber den Zinsfuß herabsetzt, einzelne künftige Zinsraten erläßt oder gar die Verzinslichkeit der Forderung überhaupt aufhebt?

Würde man sich mit der in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB gängig gewesenen Meinung auf den Standpunkt stellen, daß mit dem Vorbehalt des Zinsbezugs bei Abtretung der Hauptforderung oder mit der Abtretung allein des Zinsbezugs eine strikte Trennung von Hauptforderungsrecht und Zinsrecht stattfinde, so müßte man zu der Auffassung gelangen, daß in diesen Fällen nur noch der Zinsgläubiger auf den Zinsanfall Einfluß nehmen kann [133]. Der Gläubiger der Hauptforderung hätte keine Befugnis im Bezug auf die Zinsen mehr, weil ihm nur noch die Hauptforderung so zustünde, als wäre sie unverzinslich.

Unter I dieses Kapitels wurde aber bereits dargelegt, daß ein solches Verständnis von der Abtretung sämtlicher künftiger Zinsen bzw. vom Vorbehalt der Zinsen nicht richtig ist. Der in der Vereinbarung zwischen Schuldner und Kapitalgläubiger über die Verzinslichkeit liegende Rechtsgrund für die Entstehung der Zinsen läßt sich nicht von der Hauptforderung ablösen. Das "Zinsrecht", wie gelegentlich auch noch heute die Befugnis zum Zinsenbezug bezeichnet wird, ist nichts anderes als ein mehr oder weniger genau bestimmbares Bündel von einzelnen zukünftigen Zinsraten. Nur diese unbestimmt vielen Zinsraten sind abgetreten. Es verhält sich hier ebenso wie bei der ebenfalls zulässigen Abtretung sämtlicher Mietzinsansprüche aus einem Mietverhältnis. Niemand behauptet dort, daß ein "Mietzinsrecht" vom übrigen Mietvertrag mit der Folge getrennt sei, daß der zedierende Vermieter bezüglich des Mietzinses keinerlei abändernde Vereinbarung mehr mit dem Mieter treffen könne. Diesem Vergleich steht nicht entgegen, daß die Mietzinsen als echte Gegenleistung im Synallagma zur Gebrauchsüberlassung stehen, während die Zinsleistung beim Darlehen nur eine Nebenverpflichtung darstellt.

---

133) So in der Tat Zschaler in LZ 1920, 286. Zschaler (vgl. auch Fußnote 131) unterscheidet also aus einem falschen Verständnis des angeblichen "Zinsrechts" heraus zwischen der Kündigung der Hauptforderung und Einwirkungen auf den Zinsenbezug. Ersteres soll der Kapitalgläubiger können, letzteres nicht.

Die Frage, ob der Inhaber der Hauptforderung auf die Entstehung und Höhe der ihm nicht zustehenden Zinsen Einfluß nehmen kann, ist daher allein nach Schuldrecht und dort nach den über die Abtretung künftiger Forderungen aufgestellten Grundsätzen zu beurteilen. Das RG hat in seiner Rechtsprechung zur Abtretung künftiger Forderungen ausdrücklich betont [134], daß die beiderseitige Willenserklärung über die Abtretung einer künftigen Forderung nur ein Tatbestandsmerkmal für den Übergang der künftigen Forderung sei und daß im übrigen die Wirkung der Abtretung erst in dem Moment eintrete, in dem die Forderung zur Entstehung gelangt. Die Abtretung wirkt also nicht ex tunc von der Abgabe der Willenserklärung an, sondern erst ex nunc im Zeitpunkt des Einstehens der Forderung. Die Literatur ist dieser Rechtsprechung ohne Widerspruch gefolgt [135]. Diese Rechtsprechung zur Abtretung künftiger Forderungen im allgemeinen ist nun auf die Abtretung künftiger Zinsforderungen anzuwenden. Die Entstehung einer Forderung als maßgeblicher Zeitpunkt dafür, ob eine Forderung übergegangen ist, ist ein im Bereich der Hypothekenzinsen nicht ohne weiteres brauchbarer Begriff. Denn zur Frage, wann die Zinsraten einer Forderung im Rechtssinne entstehen, werden verschiedene Auffassungen vertreten [136]. Versteht man allerdings die Entstehung im Sinne von § 198 als Durchsetzbarkeit und damit Fälligkeit des Anspruchs, was in diesem Zusammenhang allein richtig ist [137], ist sie aus dem Schuldverhält-

---

134) RGZ 67, 166 (167); 74, 416 (418).

135) Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, 10 zu § 398; RGRK, 2 zu § 398; Erman, I 6 zu § 398.

136) v. Tuhr, Allgemeiner Teil Bd. II 2. Hälfte S. 328 Anm. 27 läßt die Zinsforderung pro rata temporis entstehen, so daß praktisch jeden Tag eine entsprechende Zinsforderung entsteht. Dies kann allerdings nur bei der Postnumerandozahlung gelten; bei der Praenumerandozahlung muß v. Tuhr zu dem Ausweg greifen, die Forderung als im Moment der Fälligkeit entstanden zu bezeichnen. Demgegenüber entstehen nach Heldrich, S. 264 die Ansprüche auf sämtliche, der Zahl nach vielleicht unbekannte Zinsraten gleichzeitig mit dem Schuldverhältnis, auf dem sie beruhen.

137) Indiskutabel wäre es, Heldrich (Fußnote 136) folgend, sämtliche künftigen Zinsraten als entstanden und somit jeder Einwirkungsmöglichkeit des Kapitalgläubigers entrückt anzusehen. Denn im Verlaufe der Zeit kann der Kapitalgläubiger einen begründeten Anlaß haben, die Zinsvereinbarung zu ändern. Das kann ihm nicht verboten sein. Aber auch die Konstruktion über die ratenweise Entstehung entsprechend dem Ablauf der Zeit würde zu Schwierigkeiten führen. Würde man nämlich nicht auf die Fälligkeit abstellen, sondern darauf, ob die Abänderung der Zinsvereinbarung Zinsen für einen bestimmten Zeitraum betreffen, der schon abgelaufen ist, so würden die dem Zinsgläubiger zustehenden Zinsen nach § 101 Nr. 2 zu ermitteln sein.

nis als Verband herausgelöst und völlig selbständiger Gegenstand des Rechtsverkehrs. Der Zessionar des Zinsenbezugs ist von der Fälligkeit an nicht mehr zu beeinträchtigender Rechtsinhaber. Mit dieser Selbständigkeit wird ja auch die Abtretung rückständiger Zinsen nach Schuldrecht (§ 1159) begründet. Der Kapitalgläubiger kann also bis zur Fälligkeit einer Zinsrate Vereinbarungen mit dem Schuldner treffen, deren Inhalt von der Herabsetzung des Zinssatzes bis zur völligen Aufhebung der Verzinslichkeit reichen kann. Selbst den "Erlaß" künftiger, noch nicht fälliger Zinsraten wird man für möglich halten müssen. Zwar ist rein sprachlich nur der Erlaß zumindest bedingt oder betagt bestehender Forderungen denkbar [138]. Die Wirkung eines "Erlasses" vor Entstehen = Fälligkeit ist aber nach h.M. [139] jedenfalls die , daß die künftige Forderung garnicht entsteht. Diese Form des "Erlasses" wird man im Rahmen der Zinsen besser als vorübergehenden Ausschluß der Verzinslichkeit werten können.

Nur diese Entscheidung für die Herrschaft des Gläubigers der Hauptforderung über den Zinsanfall auch im Falle des Fortbestehens der Hauptforderung ist in Einklang zu bringen mit der unter a) aufgezeigten allgemeinen Meinung, daß der Gläubiger der Hauptforderung jederzeit durch Kündigung und Einziehung des Kapitals den weiteren Zinsanfall ausschließen kann. Andernfalls müßte der Gläubiger, der die Hauptforderung stehen lassen, aber aus irgendeinem Grund die Zinsvereinbarung ändern will, auf den kaum angreifbaren Ausweg verfallen, die Forderung zu kündigen und einzuziehen und hernach gleich wieder als neue Forderung zu begründen. Auch hier ist es eine ganz andere und nach dem Einzelfall zu entscheidende Frage, wie sich eine solche Einwirkung des Kapitalgläubigers auf den zukünftigen Zinsanfall auf sein Innenverhältnis zum Zinsgläubiger auswirkt. Es ist durchaus denkbar, daß er sich dadurch schadensersatzpflichtig macht.

Erst recht bleibt die Heraufsetzung des Zinsfußes Sache des Gläubigers der Hauptforderung. Der Zinsgläubiger kann nicht von sich aus eine Erhöhung des Zinsfußes mit dem Schuldner vereinbaren, jedenfalls nicht mit Wirkung für das Schuld-

---

Fortsetzung der Fußnote 137)
Das hätte zur Folge, daß der Zinsgläubiger bei Praenumerandozahlung etwa einen Teil der vom Schuldner pünktlich gezahlten Zinsen wieder herausgeben müßte, wenn der Kapitalgläubiger während der Entstehungszeit der im voraus gezahlten Zinsen z.B. eine Ermäßigung des Zinssatzes verfügt.

138) So richtig Danckelmann in Palandt, 1 b zu § 397; BGHZ 40, 330, spricht allerdings ohne weiteres vom "Erlaß künftiger Forderungen".

139) RGZ, 124, 237; 148, 262; Danckelmann in Palandt, 1 b zu § 397; Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, 1 zu § 397.

verhältnis Kapitalgläubiger - Schuldner. Es ist nur die Frage, wem die Differenz zwischen altem und neuem Zinssatz zugute kommt, dem Kapitalgläubiger oder dem Zinsgläubiger. Nach allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts ist festzustellen, daß nur eine Forderung auf einen bestimmten Prozentsatz aus einer Kapitalsumme abgetreten ist. Wird dieser Prozentsatz im Verhältnis Schuldner - Kapitalgläubiger erhöht, so kann die Erhöhung dem Zinsgläubiger nur zukommen, wenn sie an diesen weitergegeben, d.h. ebenfalls abgetreten wird. Ansonsten sind dann zwei Zinsgläubiger vorhanden, wie es ja auch der Fall wäre, wenn von vornherein nur ein Teil der künftigen Zinsen abgetreten worden wäre, etwa 4% von insgesamt 7%.

2. Die sachenrechtliche Seite:

a) Setzt der Kapitalgläubiger nach Abtretung des gesamten Zinsbezuges den Zinssatz für die Zukunft herab oder hebt er die Verzinslichkeit durch Vereinbarung mit dem Schuldner überhaupt auf, so ist das Grundbuch unrichtig. Der Eigentümer kann vom Zinsgläubiger die Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 894, 896 und die Herausgabe bzw. Vorlage eines für den Zinsenbezug etwa gebildeten Teilhypothekenbriefs in entsprechender Anwendung der §§ 1144, 1145 verlangen. Dabei bleibt noch offen, ob an die Stelle der Hypothek für die nicht mehr fällig werdenden Zinsen eine Eigentümergrundschuld tritt oder nur ein Anspruch auf Löschung des Zinssatzes besteht.

b) Bei der Prüfung der Frage, wer im Falle einer Trennung von Hauptforderung und Zinsforderung zu einer abändernden Zinsvereinbarung befugt ist, wurde festgestellt, daß der Zinsenbezug so tief im Hauptrecht verwurzelt ist, daß dem Kapitalgläubiger trotz Abtretung des Zinsenbezugs die Möglichkeit bleibt, über den Kopf des Zinsgläubigers hinweg diesem ungünstige Vereinbarungen bezüglich der künftigen Zinsen zu treffen.

Im Zusammenhang mit der dinglichen Rechtslage schließt sich hier die Frage an, ob der Kapitalgläubiger auch die Möglichkeit hat, trotz Fortbestehens der schuldrechtlichen Zinsverpflichtung die dingliche Sicherung des Zinsenbezugs für die Zukunft aufzuheben. Hier zeigt sich nun allerdings eine gewisse Selbständigkeit der Hypothek für die Zinsen. Der Zinsgläubiger ist Inhaber der Zinshypothek. Als potentieller Gläubiger künftiger Zinsraten ist er entweder im Besitz eines Teilhypothekenbriefs (§ 1152) oder im Grundbuch eingetragen. Soll die dingliche Sicherung für die Zinsen aufgehoben werden, so ist das nur unter Mitwirkung des

Zinsgläubigers möglich. Das folgt zwingend aus §§ 875, 877. Ob daneben noch eine Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 erforderlich ist, soll erst später geprüft werden.

Man möchte daher meinen, daß der Kapitalgläubiger dem Zinsgläubiger zwar künftige Zinsansprüche und damit mittelbar auch die Zinshypothek ohne dessen Willen nehmen, nicht aber die für eine fortbestehende Zinsverpflichtung eingetragene Hypothek dem Zinsgläubiger eigenmächtig entziehen kann. Aber auch dies kann er mittelbar dadurch erreichen, daß er selbst auf die Hypothek für seine Hauptforderung verzichtet oder die Hypothek für die Hauptforderung gemäß § 1183 aufhebt. Im zweiten Fall erlischt die Hypothek insgesamt. Im ersten Fall geht dann die Hypothek nach § 1168 als Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer über. Die Verzinslichkeit und der Zinssatz der Eigentümergrundschuld richten sich nach den für die Forderung geltenden Bestimmungen (§ 1177 I 2). Für ein Fortbestehen einer Hypothek allein für die laufenden und sonst künftigen Zinsen ist daher kein Raum. Ein solches Fortbestehen allein der Zinshypothek würde auch dem Grundsatz widersprechen, wonach eine Verkehrshypothek lediglich für die laufenden Zinsen unzulässig ist [140]. Denn § 1113 verlangt eine bestimmte Geldsumme. Damit ist eine Kapitalforderung gemeint. Nur durch Rentenschuld oder Höchstbetragshypothek sind wiederkehrende Leistungen zu sichern. Die Verkehrshypothek ist auf Zinsen nur dann anwendbar, wenn diese kapitalisiert und so zu einer bestimmten Geldsumme werden. Eine Aufrechterhaltung der Zinshypothek bei einem Verzicht auf die Kapitalhypothek läßt sich auch nicht auf Grund der §§ 1168 III, 1145 begründen. § 1145 II, der nur eine Einschränkung von § 1145 I darstellt, besagt nichts darüber, ob eine Hypothek allein für künftige Zinsen möglich ist, sondern schützt nur den Eigentümer gegen gutgläubigen Erwerb künftiger Zinsen. Bei der Verweisung von § 1168 III auf § 1145 ist denn auch nicht an den Fall gedacht, daß der Teilverzicht vertikal zwischen Kapitalhypothek und Zinshypothek verläuft, sondern an den horizontalen Verzicht auf einen Teil der Kapitalhypothek einschließlich der entsprechenden Zinshypothek. Wieder einmal zeigt sich hier die Abhängigkeit der Zinshypothek von der Kapitalhypothek.

c) Ziemlich stark und schon sehr früh hat Rechtsprechung und Lehre die Frage nach dem Schicksal der Zinsrückstandshypothek im Falle des Erlöschens der Hauptforderung und der für sie eingetragenen Hypothek beschäftigt. Dieser Fall tritt ein, wenn entgegen der Regel des § 367 die Hauptforderung ohne die dazu gehörenden Zinsrückstände getilgt und hernach die Hypothek auf Grund einer

140) KG in JW 1938, 2406.

Aufgabeerklärung nach § 875 und einer Löschungsbewilligung vom Eigentümer und vom Gläubiger der Hauptforderung gelöscht wird. Haftet dann das Grundstück trotz Fehlens irgendeiner Eintragung gleichwohl für die verbliebenen Zinsrückstände? Anders ausgedrückt könnte die Frage auch so lauten: bedarf es zur Löschung der Hypothek einer zusätzlichen Löschungsbewilligung des Zinsgläubigers?

Die Rechtsprechung war ursprünglich uneinheitlich [141]. Seit einer Entscheidung des KG aus dem Jahre 1912 [142] wird aber nirgends mehr in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, trotz Löschung der Hypothek hafte das Grundstück noch für die verbliebenen Zinsrückstände. Die Lehre hat größtenteils von Anfang an den Standpunkt des KG eingenommen [143]. Die Begründung dieser Auffassung ist eng verknüpft mit den Gründen dafür, daß die Abtretung von Zinsrückständen nicht

---

141) Haftet das Grundstück für Zinsrückstände nach Löschung der Hypothek? ja: OLG Zweibrücken in Das Recht 1907, Nr. 602; nein: OLG Braunschweig in Seufferts Archiv 61, 460 = OLG 15, 336. Das RG hat in anderem Zusammenhang schon in RGZ 37, 311 bemerkt, daß im Falle einer Abtretung von Kapital mit Zinsen ab einem bestimmten Zeitpunkt der Grundbuchrichter auf Grund einer Quittung des Zessionars das Kapital löschen könne, ohne daß er sich darum zu kümmern brauche, ob auch die älteren Zinsen bezahlt sind. Nicht ausdrücklich behandelt ist diese Frage in einer späteren Entscheidung des RG (RGZ 86, 218), in der nur darüber zu befinden war, ob der Gläubiger der Zinsforderung bei der Löschung der Hypothek für die Hauptforderung in irgendeiner Weise mitwirken muß. Das RG hat dies verneint mit der Begründung, daß die ursprünglich einheitliche Hypothek in zwei Hypotheken geteilt sei und deshalb der Gläubiger der Stammhypothek völlig frei und unbeschränkt über seine Hypothek verfügen könne. Es ist nichts darüber gesagt, welche Auswirkung die Löschung der Stammhypothek auf die Zinshypothek hat. Dem Verfasser erscheint es zumindest höchst zweifelhaft, ob man aus dieser zweiten Entscheidung - wie dies Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1159 tut - eine der heute h. M. entgegengesetzte Meinung herauslesen kann. In der Zusammenschau mit RGZ 37, 311 möchte man eher meinen, daß auch diese RG-Entscheidung auf dem Wege zur heute h. M. ist.

142) KGJ 42 A 268 (271); bestätigt durch KG in JW 1938, 2406 = JFG 18, 36.

143) Hoeniger, S. 19 ff; Planck-Strecker, 3 c zu § 1159; Wolff-Raiser § 149 IV 3; Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1159; Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1159; Balser in NJW 58, 698; so jetzt auch Schuster in RGRK, 11. Auflage, 8 zu § 1158 (anders noch Denecke in der 10. Auflage, der eine Zustimmung des Zinsgläubigers zur Löschung verlangt).

im Grundbuch eingetragen werden kann [144]. Sie liegt im wesentlichen in der Eigenart der Haftung des Grundstücks für die Zinsen, die ja erst akut wird, wenn der Zinszahlungstermin verstrichen und ein Zinsrückstand aufgelaufen ist. Diese Haftung ist ein Anhängsel an die Haftung für die Hauptforderung. Das Grundbuch gibt nur über die Verzinsung als solche, nicht aber über die einzelnen Zinsraten Auskunft. Der Grundbuchbeamte kann also, wenn ein Eigentümer unter Vorlage einer löschungsfähigen Quittung des Gläubigers der Hauptforderung die Löschung der Hypothek beantragt, aus dem Grundbuch gar nicht ersehen, ob noch Zinsrückstände bestehen oder nicht und wenn ja, in wessen Händen sie sich befinden. Dies gilt auch dann, wenn einige Zeit vor dem Erlöschen der Hauptforderung der künftige Zinsbezug unter Bildung eines Teilhypothekenbriefs abgetreten wurde. Denn auch der Teilbrief gibt keine Auskunft darüber, ob im Zeitpunkt des Erlöschens der Hauptforderung behauptete Zinsrückstände tatsächlich bestehen und in der Hand dessen sind, auf den der Teilbrief ausgestellt ist. Wollte man dem Grundbuchbeamten zumuten, von Amts wegen nachzuforschen, ob auch alle Zinsen bezahlt sind, so würde man die mit der Herausnahme der rückständigen Zinsen aus dem Sachenrecht in § 1159 verfolgte Tendenz gerade in ihr Gegenteil verkehren und die grundbuchmäßige Abwicklung der Hypothekenauflösung ausgerechnet durch die außerhalb des Grundbuchs und sogar ohne Mitübertragung der Hypothek übertragbaren Zinsrückstände erschweren. Auch zahlreiche andere Vorschriften zeigen, wie sehr am Rande und unter Umgehung zahlreicher sachenrechtlicher Grundsätze der Gesetzgeber die Haftung des Grundstücks für Zinsen an die Kapitalhypothek förmlich "angeklebt" hat: §§ 830, 837 ZPO gelten nicht, sondern §§ 829, 835 ZPO; §§ 1160 III, 1178 I und II; 902 I S. 2; § 10 ZVG. Es ist auch schlecht denkbar, daß ein Grundstück für etwas haften soll, was gar nicht eingetragen ist und was auch nicht mehr mittels einer anderen Eintragung, nämlich der Hypothek für die Hauptforderung, an der Haftung des Grundstücks teilnehmen kann. Man hat sich die Haftung des Grundstücks für Zinsrückstände also auflösend bedingt durch die Eintragung der Hypothek für die Hauptforderung vorzustellen. Ist die Hypothek für die Hauptforderung gelöscht, so fehlt das sachliche Substrat, kraft dessen die Zinsrückstände dinglich gesichert sind.

Damit ist zugleich die Antwort auf die andersherum gestellte und eigentlich vorrangige Frage, ob zur Löschung einer Hypothek auch die Löschungsbewilligung des Zinsgläubigers - sei dies nun auch der Kapitalgläubiger oder ein anderer - erforderlich ist, gegeben. Sie kann nur nein lauten, weil es hinsichtlich der Zinsrückstände keinen eingetragenen Berechtigten gibt und somit sachenrechtlich weder feststellbar noch nachweisbar ist, ob Zinsrückstände bestehen und wem sie zustehen. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Abtretung des künftigen Zinsbezugs

144) vgl. oben V 1 a dieses Kapitels.

aus dem Grundbuch oder einem Teilhypothekenbrief ergibt. In dieser mangelnden Eintragung liegt auch der entscheidende Grund für diese Ausnahme von dem sonst im Sachen- und Grundbuchrecht durchweg geltenden materiellen und formellen Konsensprinzip.

Demgegenüber vermag der Versuch von Ottow [145] nicht zu überzeugen, die Haftung des Grundstücks für die Zinsrückstände trotz Löschung der Hypothek für die Hauptforderung aufrechtzuerhalten. Dies umso weniger, als der seiner Stellungnahme zugrundeliegende Sachverhalt gar nicht von der Art ist, daß der Zinsgläubiger unbedingt gegen eine ihm unbekannte Löschung der Hypothek geschützt werden müßte. Gläubiger von Haupt- und Zinsforderung waren eine Person. Dieser eine Gläubiger hatte versehentlich schon nach Zahlung der Hauptforderung eine löschungsfähige Quittung erteilt. Durch eine Rückfrage hatte das Grundbuchamt erfahren, daß noch rückständige Zinsen offenstehen. Ottow bejaht für diesen Fall ein berechtigtes Interesse einerseits des Eigentümers an der Löschung der abgelösten Fremdkapitalbelastung, andererseits aber auch des Gläubigers auf Fortbestand der Zinshypothek und hält deshalb eine Lösung dahin für möglich, daß eingetragen wird: "Gelöscht mit Ausnahme der zugehörigen rückständigen Zinsen." Dieser Weg erscheint nach der ganzen Konzeption der Haftung des Grundstücks für die Zinsen nicht gangbar. Ganz abgesehen von den obengenannten sachenrechtlichen Bedenken wird durch eine solche Eintragung die Haftung des Grundstücks für die Zinsen viel zu sehr in den Vordergrund gerückt. Wenn der Gläubiger sich schon eine Zahlung des Schuldners in Abweichung der Reihenfolge von § 367 hat gefallen lassen und dann auch noch eine löschungsfähige Quittung gegeben hat, dann hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er die Hypothek für die Zinsrückstände verliert. Sind Kapital- und Zinsgläubiger verschiedene Personen, so muß dem Zinsgläubiger von vornherein klar sein, daß er nicht nur von der Zuverlässigkeit des Schuldners, sondern auch von der des Kapitalgläubigers abhängig ist. U. U. erwirbt er gegen diesen auch einen Schadensersatzanspruch, wenn dieser in Kenntnis des Bestehens der Zinsrückstände eine löschungsfähige Quittung abgibt. Außerdem kennt unser Sachenrecht nun einmal nur eine Haftung des Grundstücks für eine bestimmte Geldsumme (§ 1113), wie sie die rückständigen Zinsen als solche nicht darstellen.

Schließlich besteht auch kein Bedürfnis für den von Ottow eingeschlagenen Weg, weil es eine sachenrechtlich einwandfreie Möglichkeit gibt, vor der Löschung der Hypothek die rückständigen Zinsen weiterhin dinglich zu sichern. Nämlich durch Kapitalisierung der rückständigen Zinsen und Eintragung dieses Betrages an derselben Rangstelle. Sowenig die Forderungsauswechslung nach § 1180 der Zustim-

145) in JR 1956, 412.

mung der gleich- und nachstehend Berechtigten bedarf, so wenig kann auch die Kapitalisierung der rückständigen Zinsen an der Stelle der im übrigen zu löschenden Hypothek Schwierigkeiten machen. Auch eine Löschungsvormerkung nach § 1179 steht dem nicht entgegen, da lediglich eine bereits kraft der Haftung für die Hauptforderung bestehende dingliche Sicherung der Zinsrückstände umgewandelt wird in eine selbständige Hypothek. Eine Forderungsauswechslung, die allerdings nicht den Eintritt der Voraussetzungen des § 1179 verhindern könnte [146], liegt sonach garnicht vor. Ist allerdings die Hypothek schon gelöscht, so können die kapitalisierten Zinsen nur noch an letzter Stelle eingetragen werden [147]. Damit ist dem Zinsgläubiger freilich wenig gedient.

Auf eine weitere Möglichkeit macht Hoeniger [148] aufmerksam: der Eigentümer könnte für den Fall der Eigentümergrundschuld verpflichtet werden, von der erworbenen Eigentümergrundschuld einen den Zinsrückständen entsprechenden Kapitalsbetrag an den Gläubiger abzutreten und zwar im Range dem Eigentümerrecht vorgehend. Dadurch erhält der Gläubiger allerdings nur einen bedingten obligatorischen Anspruch. Und dieser schuldrechtliche Anspruch auf Abtretung eines Teils der künftigen Eigentümergrundschuld kann durch eine Vormerkung nicht gesichert werden, weil eine Vormerkung voraussetzt, daß ein Anspruch gegen einen bereits dinglich Berechtigten betroffen wird [149]. Die Löschungsvormerkung des § 1179 ist eine nicht erweiterungsfähige gesetzliche Ausnahme hiervon. Immerhin ist der schuldrechtliche Anspruch sofort nach dem Übergang der Hypothek auf den Eigentümer durchsetzbar.

Diese Ausführungen zum Erlöschen der Zinsrückstandshypothek gelten nur für den Fall, daß die Hypothek für die Hauptforderung gelöscht ist. Wird diese Kapitalhypothek nur zu einer Eigentümergrundschuld, so besteht die Hypothek für die Zinsrückstände fort, da wenigstens nach außen hin noch eine Hypothek eingetragen ist und eine Belastung des Grundstücks, wenn auch nur in Form einer Eigentümergrundschuld, immerhin noch vorliegt [150]. Nachdem man die Trennung von Ka-

146) Hoche in Palandt, 4 zu § 1179; Wolff-Raiser, § 146 Fußnote 26; Scherübl in Staudinger, 16 f zu § 1179.

147) OLG Braunschweig in OLG 15, 336.

148) S. 27.

149) RGZ 72, 275 ff; 84, 78; 145, 343 (352); Baur, § 20 II 1 c; Hoche in Palandt, 3 c zu § 883.

150) Hoche in Palandt, 5 b zu § 1163; Ottow in JR 56, 413; Hoeniger, S. 23. Ansonsten wird diese Fallgestaltung im Schrifttum nicht erwähnt. Aber wohl eher deshalb, weil dies selbstverständlich ist. Denn vom Erlöschen der Zinshypothek ist im Schrifttum immer nur (vgl. die in Fußnote 143 angegebe-

pital und Zinsen für zulässig erachtet, kann es keinen Unterschied machen, ob die Hypothek gewissermaßen "waagrecht" durch Teilung in Kapitalteile einschließlich der dazu gehörigen Zinsteile oder "senkrecht" durch Abtrennung der Zinsen von der Hauptforderung aufgespalten wird. Solange die Hypothek noch eingetragen ist, sei sie bezüglich der Hauptforderung auch schon Eigentümergrundschuld geworden, bleibt die Haftung für die rückständigen Zinsen bestehen. Wie unsicher diese dingliche Sicherung allerdings ist, ist daraus ersichtlich, daß im Falle einer Löschungsvormerkung zugunsten der nachrangig Berechtigten der Eigentümer sich der Löschung kaum widersetzen wird, wenn der Kapitalgläubiger eine löschungsfähige Quittung ausgestellt hat. Zum einen weiß der Eigentümer vielleicht nicht einmal, daß Zinsrückstände abgetreten sind und noch bestehen. Zum andern ist es ja nur zum Guten des Eigentümers, wenn die Hypothek gelöscht wird, weil dann auf alle Fälle seine Eigentümer-Haftung für die Zinsen entfällt.

Fortsetzung der Fußnote 150)
nen Fundstellen) im Zusammenhang mit dem Erlöschen der Hypothek für die Hauptforderung die Rede, nicht aber im Zusammenhang mit dem Übergang der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld.

3. KAPITEL

RANG UND RANGÄNDERUNG BEI DER ZINSHYPOTHEK

I. Für die Rangordnung eingetragener Rechte gilt der Grundsatz, daß alle Teile und Nebenrechte eines Rechts als an einer Rangstelle eingetragen untereinander gleichen Rang haben [151], soweit nichts anderes vereinbart und eingetragen ist oder sich aus anderen Bestimmungen ergibt. Schuldrechtlich ist für das Verhältnis der Hauptleistung zu den Zinsen in § 367 bestimmt, daß eine Zahlung des Schuldners zunächst auf die Zinsen und hernach erst auf die Hauptleistung verrechnet wird. Das bedeutet einen Vorrang der Zinsen vor dem Hauptanspruch. Dementsprechend ist auch eine nicht die ganze Hypothekenforderung samt Zinsen deckende Leistung zunächst auf die Zinsen anzurechnen. Dies gilt mit gewissen Einschränkungen (vgl. § 10 ZVG) auch im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nach dem ZVG. Nach § 12 ZVG haben die Ansprüche aus einem und demselben Recht untereinander die Rangordnung, daß zunächst die Kosten, dann die Zinsen und zuletzt der Hauptanspruch befriedigt werden. Diese Reihenfolge gilt uneingeschränkt, solange Haupt- und Zinsforderung in der Hand ein und desselben Gläubigers sind. Sie fügt sich, obwohl in erster Linie schuldrechtlicher Natur, vorzüglich in das an sich von einer anderen Wertskala ausgehende Sachenrecht ein, bei dem die Hypothek für die Zinsen nur ein schwaches Anhängsel an die Kapitalhypothek ist. Vorzüglich deshalb, weil die Reihenfolge der Anrechnung nach § 367 einige mit der Zinshypothek zusammenhängende Fragen nur in seltenen Ausnahmefällen akut werden läßt. Die Zinsen werden vor der Hauptforderung beglichen. Dementsprechend wird auch die Zinshypothek vor der Kapitalhypothek überflüssig. So ergibt sich eine ganz eigenartige und auf den ersten Blick nicht feststellbare Bedeutung dieser schuldrechtlichen Vorschrift für das Hypothekenrecht.

II. Werden fällige Zinsen nicht vom letztlich Verpflichteten erbracht, sondern von sog. "Zwischenverpflichteten", die ihrerseits wieder Rückgriff nehmen können, so gilt folgendes:

1. Ein gesetzlicher Forderungsübergang in Höhe der erbrachten Leistung findet statt, wenn ein Bürge, der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer, der Versicherer der Hypothekenforderung oder ein sonst Ablösungsberechtigter

151) RGZ 132, 110; Hoche in Palandt, 2 a cc zu § 879.

(§§ 268 I, 1150) den Gläubiger befriedigt. Das ist in §§ 774 I, 1143 I S. 1, 67 VVG und 268 III bestimmt. Gemäß §§ 412, 401 geht die Hypothek mit über und sichert die übergegangene Forderung. Der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer ist aber gemäß der Sondervorschrift des § 1178 für rückständige Zinsen nicht von Dauer, da nach dieser Vorschrift die Hypothek bei Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person nicht zur Eigentümergrundschuld wird, sondern erlischt [152].

2. Ein Hypothekenübergang mit gesetzlicher Forderungsauswechslung findet statt, wenn der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner leistet und seinerseits vom Eigentümer Ersatz verlangen kann (§ 1164). Da hier keine Vereinigung von Eigentum und Hypothek stattfindet, vielmehr die Hypothek sogleich auf den persönlichen Schuldner übergeht, gilt hier § 1178 nicht [152].

Der gesetzliche Forderungsübergang bei 1. und die gesetzliche Forderungsauswechslung bei 2. würden sich nun aber zum Nachteil des Gläubigers auswirken, wenn die übergegangene Forderung bzw. die Ersatzforderung samt Hypothek haftungsmäßig genau den Platz einnehmen würde, den die Zinsforderung ursprünglich vor der Befriedigung des Gläubigers hatte. Denn der Gläubiger wäre zwar momentan bezüglich der Zinsforderung als Teil seines Gesamtanspruchs befriedigt, er müßte aber im Falle einer späteren Zwangsvollstreckung in das Grundstück die kraft Gesetzes übergegangene oder ausgewechselte Forderung seiner Hauptforderung vorgehen lassen. Dem Gläubiger wäre also mit einer solchen Befriedigung wenig gedient und es würde bei dieser Lösung übersehen, daß die den Gläubiger Befriedigenden, jedoch nicht letztlich Verpflichteten ihre Leistung beileibe nicht aus purem Mitleid mit dem Gläubiger, sondern auf Grund eigener Verpflichtung wie etwa der Bürge und der persönliche Schuldner oder zumindest aus einem erheblichen eigenen Interesse wie etwa der Eigentümer zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und sonstige Ablösungsberechtigte zur Vermeidung eines Rechtsverlusts erbracht haben. Bezüglich der gesetzlichen Forderungsauswechslung nach § 1164 müßte es als besonders ungerechtfertigt angesehen werden, den Gläubiger hieraus einen Nachteil erleiden zu lassen. Denn was berührt den Gläubiger ein etwaiger Ersatzanspruch des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer, wenn er von diesem persönlichen Schuldner mit seiner Zinsforderung befriedigt und diese somit erloschen ist?

---

152) Hier soll nur des Zusammenhangs wegen das Schicksal der Hypothek in diesen beiden Fällen stichwortartig angegeben werden. Eine nähere Begründung für dieses Ergebnis wird im 4. und insbesondere im 7. Kapitel gegeben werden.

Der Gesetzgeber hat diesen zweifelhaften Nutzen der Leistung eines Dritten für den Gläubiger erkannt und in dem Bemühen, den Gläubiger so zu stellen, als sei die Forderung vom persönlichen Schuldner ohne Ersatzanspruch beglichen worden, zweierlei bestimmt:

zu 1.: Die Forderung wird dem Gläubiger gegenüber als erloschen behandelt.

In den Vorschriften, die den gesetzlichen Forderungsübergang enthalten, ist ausdrücklich gesagt, daß dieser Forderungsübergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf (§§ 268 III S. 2, 774 I 2, 1143 I 2). Dieser Grundsatz des nemo subrogat contra se hat naturgemäß nur bei einer bloßen Teilbefriedigung des Gläubigers Bedeutung und wird deshalb gerade in den Fällen akut, in denen lediglich einzelne fällige Zinsraten beglichen werden und die Hauptforderung nach wie vor besteht. Einen solchen Nachteil würde der Gläubiger insbesondere erleiden, wenn die übergegangene Zinsforderung immer noch gemäß §§ 367 BGB, 12 ZVG vorrangig vor dem Hauptanspruch wäre. Das bedeutet, daß die übergegangene Hypothek - soweit sie nicht infolge einer Vereinigung mit dem Eigentum (§§ 1143, 1163, 1178) untergegangen ist - erst nachrangig nach etwaigen weiteren Zinsansprüchen und nach der Kapitalhypothek des Gläubigers realisiert werden darf.

zu 2.: Die Hypothek wird dem Gläubiger gegenüber als erloschen behandelt.

Soweit eine Teilforderung nicht übergegangen, sondern erloschen ist, eine Teilhypothek aber infolge einer gesetzlichen Forderungsauswechslung nach § 1164 oder nach §§ 1163 I S. 2, 1177 auf den persönlichen Schuldner oder den Eigentümer (als Eigentümergrundschuld) übergegangen ist, bestimmt § 1176 ausdrücklich, daß diese Teilhypothek nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Teilhypothek geltend gemacht werden darf. Ist die erloschene Teilforderung eine rückständige Zinsrate, so ist § 1176 insoweit gegenstandslos, weil die Eigentümergrundschuld sogleich nach § 1178 erloschen ist. Für § 1164 behält jedoch § 1176 auch bei Zahlung einer rückständigen Zinsrate seine Bedeutung. Eine entsprechende Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners enthält § 1164 I S. 2, wonach für den Fall, daß der Gläubiger voll befriedigt ist, der Schuldner aber nicht in voller Höhe der bezahlten Forderung vom Eigentümer Ersatz verlangen kann und deshalb auch nur ein Teil der Hypothek auf ihn übergegangen ist, der Eigentümer den auf ihn als Eigentümergrundschuld übergegangenen Teil der Hypothek nicht zum Nachteil des Schuldners geltendmachen darf.

III. Beim gesetzlichen Forderungsübergang und bei der gesetzlichen Forderungsauswechslung ist also der Gläubiger geschützt und wird so gestellt, als seien mit seiner Befriedigung die Teilforderung und die dafür bestehende Hypothek untergegangen. Das Gesetz erreicht damit praktisch eine Umkehrung des sonst zwischen Hauptforderung und Zinsen geltenden Rangverhältnisses.

Wird dagegen die Zinsrückstandsforderung rechtsgeschäftlich abgetreten, so ändert sich an der Rangordnung i. S. der §§ 367 BGB, 12 ZVG nichts. Nach wie vor wird der Zinsanspruch in der Zwangsvollstreckung vor dem Hauptanspruch befriedigt. Trotz Abtretung und somit Trennung von Hauptanspruch und Zinsen kann § 367 im Zusammenhang mit § 407 von Bedeutung sein. Diese Anrechnung einer Teilleistung auf die Zinsen ist in den Fällen unerheblich, in denen die Abtretung völlig unabhängig von der Bonität des Schuldners nur den Sinn hat, dem Zessionar die Zinsen - sei es schenkungshalber oder für eine Gegenleistung, die nichts mit dem Hypothekenrechtsverhältnis zu tun hat - zukommen zu lassen. Der Vorrang der Zinsen ist dann unschädlich, weil niemand befürchtet, der Schuldner werde seiner Zinszahlungspflicht nicht nachkommen oder das Haftungsobjekt werde nicht für Zinsen und Hauptanspruch ausreichen.

IV. Kritisch sind jedoch die Fälle, in denen die Abtretung der Zinsrückstände samt Hypothek nur deshalb erfolgt, weil ein Dritter, der zwar nicht Ablösungsberechtigter im Sinne der §§ 268, 1150 ist und deshalb nicht kraft Gesetzes die Zinsforderung erwerben kann, aber gleichwohl irgendein Interesse daran hat, daß keine Zwangsvollstreckung in das Grundstück vorgenommen wird, den Gläubiger befriedigt und dafür Zug um Zug die Zinsen samt Hypothek rechtsgeschäftlich abgetreten erhält. Dies ist ein Fall des § 267. Hier kann der Hauptgläubiger ein starkes Interesse daran haben, daß er, wenn er schon die fällige Zinszahlung von einem Dritten entgegennimmt und sein Recht auf sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück aufgibt, wenigstens mit seinem Hauptanspruch nicht weiterhin hinter dem abgetretenen Zinsanspruch rangiert. Schon seit langem beschäftigt Rechtsprechung und Lehre die Frage, ob sich der Gläubiger bei der Abtretung der Zinsrückstände den Vorrang seiner Hauptforderungshypothek vor der Zinsrückstandshypothek nicht nur schuldrechtlich, sondern mit dinglicher Wirkung einräumen lassen kann.

Die Rangfolge des § 367 ist nicht zwingend. Abweichende Vereinbarungen sind zulässig, ja selbst eine einseitig vom Schuldner bestimmte anderweitige Anrechnung ist möglich, wenn sich der Gläubiger fügt und die Leistung annimmt (§ 367

II). Genausowenig zwingend ist die Rangfolge in § 12 ZVG [153]. Doch liegt darin auch nicht das Bedenken gegen die Möglichkeit dinglich wirkender Rangvereinbarungen bezüglich der Zinsrückstandshypothek. Der eigentliche Zweifel liegt darin begründet, daß die Zinsrückstandshypothek nicht selbständig im Grundbuch eingetragen ist und sich auch ihre Übertragung nicht nach sachenrechtlichen Grundsätzen, sondern nach Schuldrecht vollzieht (§ 1159). Die Übertragung ist nicht eintragbar. Daraus folgt, daß auch eine etwaige Rangänderung nicht eingetragen werden kann. Denn die Anwendung des Eintragungsprinzips auf eine Rechtsänderung setzt voraus, daß das Recht, das geändert werden soll, durch das Grundbuch nachgewiesen ist. Die Eintragung aber ist nach § 880 II normalerweise rechtsnotwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Rangänderung. Die entscheidende Frage ist also, ob aus der Unmöglichkeit der Eintragung einer Rangänderung der Hypothek für Zinsrückstände die Unmöglichkeit einer solchen Rangänderung oder lediglich der Wegfall des Eintragungserfordernisses zu folgern ist.

Die Rechtsprechung [154] und ein Großteil der Lehre [155] haben sich für letzteres entschieden. Nach dieser Auffassung ist es nur eine konsequente Weiterverfolgung der in § 1159 für die Zinsrückstände ausgesprochenen Regeln, wenn man auch die Rangänderung bei der Zinsrückstandshypothek außerhalb des Grundbuchs und mit dinglicher Wirkung zuläßt. Denn das praktische Bedürfnis für eine nachträgliche Rangänderung sei bei der Hypothek für die Zinsrückstände ebenso groß wie bei der übrigen Hypothek. Wenn das Grundbuch schon keine Gewähr für den Bestand der Zinsrückstandsforderung samt Hypothek und keine Auskunft über den Berechtigten gebe, dann solle es auch keine Auskunft über den Rang dieses Rechtes geben. Eine Zustimmung des Eigentümers zu einer solchen Rangänderung (vgl. § 880 I S. 2) erübrige sich deshalb, weil diese Zustimmung nur eine Schädigung des Eigentümers in den Fällen vermeiden wolle, in denen er später Rechte aus der Hypothek gemäß §§ 1143, 1163, 1177 erwerben könnte. Dieser Erwerb sei aber bei einer Zinsrückstandshypothek durch § 1178 ausgeschlossen.

Demgegenüber vertritt der RGRK [156] entschieden die Ansicht, eine solche Vereinbarung über eine Rangänderung der Zinsrückstandshypothek könne nur schuld-

---

153) Oberneck in ZDNotV 1910, 535; Schmillen in DJZ 1906, 820.

154) RGZ 88, 160 (163).

155) Oberneck in ZDNotV 1910, 537 ff; Hoeniger, S. 16; Seufert in Staudinger, 8 zu § 880; Wolff-Raiser, § 42 Fußnote 12; Baur in Soergel-Siebert, 13 zu § 880; Westermann, § 82 II 2 zitiert lediglich das RG, ohne sich diese Entscheidung ausdrücklich zu eigen zu machen.

156) Schuster in RGRK, 2 zu § 1159.

rechtliche Wirkung haben, weil die Zinsrückstandsforderung, auch soweit die Sicherung durch Hypothek in Betracht komme, ausschließlich schuldrechtlichen Grundsätzen unterliege. Das habe zur Folge, daß ein vom Inhaber der Zinsrückstandshypothek einem nachstehenden Hypothekar eingeräumter Vorrang keine Kraft mehr habe, wenn der Inhaber später die Hypothek an einen Dritten abtrete, der in diese schuldrechtliche Verpflichtung des Zedenten über die Einhaltung der Rangänderung nicht eingetreten sei.

Beide Auffassungen haben etwas für sich. Die h. M. dies, daß sie gerade in dem dieser Erörterung zugrundeliegenden Ausgangsfall dem Bedürfnis der Praxis gerecht wird, durch eine Rangänderung anläßlich der durch die Zahlung ausgelösten Abtretung eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu vermeiden. Rechtsdogmatisch scheint freilich die vom RGRK vertretene Mindermeinung stichhaltiger. Der vom RG gezogene Schluß von der Nichtanwendbarkeit des § 892 bei Zinsrückständen darauf, daß der Erwerber auch kein Vertrauen in die Rangstelle haben dürfe, ist nicht zwingend. Durch die Verweisung auf das Schuldrecht in § 1159 ist ausdrücklich gesagt, daß die Zinsrückstandsforderung den rechtsgeschäftlichen Regeln des Schuldrechts unterstellt wird. Das Schuldrecht aber kennt nur zweiseitig wirkende Verpflichtungen. Wenn trotzdem auch eine Zinsrückstandsforderung noch dinglich gesichert ist, so ist dies nur von Bedeutung für die Haftungsverwirklichung, nicht aber für die rechtsgeschäftliche Einwirkung auf Rang, Umfang und Rechtszuständigkeit der Zinsrückstandshypothek. Während für die Übertragung der Zinsrückstandsforderung durch § 1159 ausdrücklich bestimmt ist, daß die sonst erforderliche Eintragung der Übertragung nach §§ 873, 1154 oder Briefübergabe entfällt, ist nirgends bestimmt, daß die Rangänderung bei der Zinsrückstandshypothek auch entgegen § 880 ohne Eintragung möglich ist. Dem RG läßt sich sehr wohl der umgekehrte Satz entgegenhalten, daß der Erwerber einer Zinsrückstandsforderung, wenn er sich schon nicht auf den Bestand des erworbenen Rechts nach § 892 berufen kann, sich wenigstens darauf soll verlassen können, daß das Recht, wenn er es erworben hat, den Rang hat, den es nach dem Gesetz (§ 12 ZVG) und nach der Eintragung der Hypothek für das Hauptrecht hat. Der Erwerb einer Zinsrückstandsforderung wird sonst doppelt gefährlich. Nicht nur der Bestand als solcher ist zweifelhaft, sondern es kann sich - spätestens bei der Zwangsvollstreckung - herausstellen, daß der ursprüngliche Gläubiger dieser Zinsforderung einen Rangrücktritt mit sämtlichen nachfolgenden Berechtigten vereinbart hat, so daß die Zinshypothek nunmehr an letzter und wertloser Stelle rangiert.

Folgt man der vom RGRK vertretenen Mindermeinung, so ist das Rangverhältnis der Zinsrückstandshypothek zu anderen Hypotheken, insbesondere zu der dazugehörenden Kapitalhypothek, nur mit schuldrechtlicher Wirkung abänderbar.

Diese Wirkung reicht aber zum Schutz des Zinsgläubigers in der Regel auch aus, wenn ein nicht ablösungsberechtigter Dritter den Zinsrückstand bezahlt und dafür die Zinsforderung samt Hypothek unter Vorrang der Haupthypothek abgetreten erhält. Überträgt der Dritte nämlich die Zinsforderung samt Hypothek weiter auf einen Erwerber, der in diese Rangverpflichtung nicht eintritt, weil er sie nicht kennt, so macht sich der Dritte in dem Umfang dem Kapitalgläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig, in dem dieser einen Nachteil durch die mangelnde Dinglichkeit der vereinbarten Rangänderung erleidet. Einem solchen Schadensersatzanspruch wird sich der Dritte kaum aussetzen, wenn er selbst mit der Rangänderung einverstanden war.

V. Die Unmöglichkeit einer dinglich wirkenden Rangänderung gilt nur für Zinsrückstände. Wird dagegen der zukünftige Zinsenbezug übertragen, so ist eine §§ 367 BGB, 12 ZVG abändernde Rangvereinbarung eintragbar und somit dinglich wirksam. So wie sich die Übertragung der laufenden und sonst künftigen Zinsen nach Sachenrecht bestimmt, so ist auch eine Rangänderung bezüglich dieser Rechte in den Formen des Sachenrechts, also durch Einigung und Eintragung nach § 880 möglich. Werden diese zunächst künftigen Zinsen dann einmal infolge Zeitablauf rückständig, so kann zwar mit der Eintragung der Übertragung nicht der Nachweis geführt werden, daß ein Zinsrückstand besteht, wohl aber gilt für den Rückstand die aus dem Grundbuch ersichtliche schlechtere Rangstelle. Ob eine solche Rangänderung der Zustimmung des Eigentümers nach § 880 I S. 2 bedarf, soll hier nicht erörtert werden. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem Ergebnis der Untersuchung über Bedeutung und Geltungsbereich der §§ 1177 I S. 2 und 1178, die in den beiden nächsten Kapiteln folgt. Auch wenn der Grundgedanke des § 1178 auch bei künftigen Zinsen gilt, so ist die Zustimmung des Eigentümers entspr. § 1183 doch erforderlich, wenn § 1177 I S. 2 ihm einen einmal bereitgestellten Zinssatz auch für die künftige Eigentümergrundschuld erhalten helfen will.

4. KAPITEL

IST DAS ENTSTEHEN EINER EIGENTÜMERGRUNDSCHULD AUF ZINSEN ODER SONSTIGE NEBENLEISTUNGEN DENKBAR? BEDEUTUNG UND GELTUNGSBEREICH VON § 1178

I. SINN UND UNMITTELBARER ANWENDUNGSBEREICH VON § 1178 BEI DER ZAHLUNG RÜCKSTÄNDIGER ZINSEN UND BEIM VERZICHT AUF ZINSRÜCKSTANDSHYPOTHEK

§ 1178 befaßt sich nach seinen einleitenden Worten nur mit der Hypothek für Rückstände von Zinsen sowie anderen Nebenleistungen und Kosten. In Abweichung von §§ 889, 1163, 1177 bestimmt er, daß die Rückstandshypothek erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, und nicht dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld verbleibt. Das heißt nicht, daß sie etwa garnicht auf den Eigentümer übergeht. Vielmehr ist der Übergang Voraussetzung dafür, daß das Recht erlöschen kann. Das kommt bereits in der mit dem Wortlaut des § 1177 I übereinstimmenden Gesetzesformulierung zum Ausdruck: "wenn sie sich mit ... vereinigt". Die Vereinigung setzt den Übergang voraus. Eine solche Vereinigung kann auf zweierlei Weise entstehen: entweder erlischt der Zinsrückstand selbst durch Zahlung, Erlaß oder Aufrechnung, also durch Erfüllung, so daß § 1163 I S. 2 eingreift, oder aber der Gläubiger verzichtet auf die dingliche Sicherung des noch fortbestehenden Zinsrückstands mit der Folge des § 1168 I. Für diesen letzteren Fall läßt § 1178 II die Erklärung des Verzichts gegenüber dem Eigentümer genügen. Eine Eintragung des Verzichts ist nicht möglich, da für Zinsrückstände Schuldrecht gilt und eine Eintragung von Rechtsvorgängen, die die Zinsrückstände betreffen, überhaupt entfällt. Da der Verzicht kein Eigentümerrecht zur Folge hat und ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek für Zinsrückstände nach § 892 durch § 1159 II ausgeschlossen ist, erfordern auch die Interessen des Eigentümers keine Eintragung des Verzichts im Grundbuch.

Der gesetzgeberische Grund für diese Vorschrift des § 1178 ist so einfach wie einleuchtend: es sollen sich keine Eigentümergrundschulden auf Zinsen zwischen die einzelnen Grundstücksbelastungen schieben, die der Eigentümer zu seinen Gunsten und zum Nachteil der nachstehend Berechtigten ausnützen könnte. Der Realkredit würde durch derartige Eigentümergrundschulden ganz erheblich gefährdet, weil der Umfang der einem einzutragenden Recht vorgehenden Rechte kaum errechenbar wäre und sich kaum mehr jemand finden würde, hinter einer zahlenmäßig erheblichen 1. Hypothek eine 2. Hypothek zu übernehmen. Denn diese könnte durch während der Laufzeit für die 1. Hypothek entstehende Eigentümergrundschulden auf Zinsen so weit hinausgeschoben werden, daß sie im Falle der Zwangsver-

steigerung wertlos wäre. Solche Eigentümergrundschulden auf Zinsen würden daher weder dem Eigentümer noch dem Realkredit insgesamt nützen. Dem Gesetzgeber schien die Unanwendbarkeit der Vorschriften über die Eigentümergrundschuld auf Zinsrückstände nahezu selbstverständlich, weil für die Zinsrückstände ohnehin die Vorschriften der §§ 398 ff, also des Schuldrechts, gelten. Wenn er trotzdem die Unanwendbarkeit in § 1178 noch ausdrücklich ausgesprochen hat, so deshalb, weil "sein Schweigen gegenüber den Bestimmungen des § 1090" - heute: § 1159 - "einer seine Absicht vereitelnden Auffassung Raum geben könnte" [157].

Deshalb soll hier bereits festgehalten werden: § 1178 ist zwar eine Ausnahmevorschrift gegenüber der Regel der §§ 1163, 1177. Er ist jedoch für die Zinsrückstände auch schlechthin zwingend und selbstverständlich. Das Bild vom Regel-Ausnahme-Verhältnis paßt daher nicht so recht, wenn man einmal nicht von der gesetzlichen Technik her - Eigentümergrundschuld als Regel und Erlöschen der Hypothek als Ausnahme -, sondern vom geregelten Sachgebiet her die Bezüge aufgreift. Betrachtet man nämlich die Sachgebiete Hypothek für die Hauptforderung i. S. von § 1113 und Hypothek für die Zinsen, so scheint in puncto Rechtsinstitut Eigentümergrundschuld eher das Bild vom aliud zu passen, demzufolge schon aus der Natur der Sache heraus die Regelung für den einen Fall (Hypothek für die Hauptforderung) nicht für den anderen Fall (Hypothek für die Zinsen) gelten kann.

Denn dieses Rechtsinstitut ist offensichtlich des eingetragenen Kapitals wegen geschaffen worden. Die Zinsen und der Zinssatz sind nur ein Anhängsel an die Hauptforderung und die für sie bestellte Hypothek ohne eigenständige Bedeutung, was sich nicht zuletzt auch aus der Regelung des § 1177 I S. 2 ergibt. Die "Ausnahme" des § 1178 erweist sich als selbstverständliche Regel und ist eine Konsequenz dessen, daß der Gesetzgeber die Zinsen überhaupt in das Hypothekenrecht aufgenommen hat, was aus Rechtsgründen nicht geboten war. Sonach können von vornherein die Vorschriften aus dem Hypothekenrecht auf das Recht der Zinsen nicht angewandt werden, die spezifisch auf das Hauptrecht ausgerichtet sind. Anwendbar sind die Vorschriften des Hypothekenrechts insoweit, als dies zur Verwirklichung der Haftung des Grundstücks für die Zinsen erforderlich ist. Es gilt also nicht ohne weiteres der umgekehrte Satz, daß grundsätzlich alle Vorschriften gelten mit Ausnahme der ausdrücklich ausgeschlossenen oder eingeschränkten Vorschriften. Diese grundsätzliche Vorbemerkung ist möglicherweise von Bedeutung für die später zu erörternde Frage einer ausdehnenden Anwendung von § 1178.

---

157) Motive III, 736.

II. Aus dieser Selbstverständlichkeit der in § 1178 getroffenen Regelung für die Zinsrückstände heraus wird auch nirgends in Rechtsprechung und Literatur erwogen, dem Eigentümer dann eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen zu geben, wenn er die Zinsen genau im Zeitpunkt der Fälligkeit tilgt, also nicht rückständig werden läßt. Dabei ist es durchaus gleichgültig, ob man diese Bewertung der Zahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit als eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 1178 über dessen Wortlaut hinaus oder als aus sich selbst heraus selbstverständlich bezeichnet. Es soll nur bemerkt werden, daß tatsächlich so argumentiert wird, § 1178 habe geschaffen werden müssen, damit nicht der säumige Schuldner gegenüber dem pünktlichen Schuldner prämiiert wird, der bei Zahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit "natürlich" keine Eigentümerhypothek erwerben könne [158]. Woraus diese "Natürlichkeit" allerdings resultieren soll, wird nicht gesagt. Die Begründung dürfte aber darin zu suchen sein, daß - wie schon unter I angedeutet - die Vorschriften des Hypothekenrechts eben für das Recht der Hypothekenzinsen nur gelten, soweit dies zur Verwirklichung der Haftung des Grundstücks für die Zinsen notwendig ist. Davon kann aber im Fragenbereich: Eigentümergrundschuld keine Rede sein.

Eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen entsteht daher auch dann nicht, wenn der Schuldner = Eigentümer die Zinsen im Zeitpunkt der Fälligkeit bezahlt.

III. Mit diesen beiden Fällen - Zahlung rückständiger und Zahlung fälliger Zinsraten - sind aber noch nicht alle Fallgestaltungen erfaßt, bei denen die Frage auftauchen kann, ob eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen und andere Nebenleistungen möglich ist. Vielmehr sind noch folgende Fallgestaltungen denkbar:

1. Der Eigentümer oder der vom Eigentümer verschiedene, aber nicht rückgriffsberechtigte persönliche Schuldner befriedigt den Gläubiger hinsichtlich der künftigen Zinsen ganz oder teilweise im voraus.

2. Der Gläubiger verzichtet ganz oder teilweise auf den künftigen Zinsbezug, indem die Verzinsung aufgehoben oder der Zinssatz herabgesetzt wird.

3. Der Gläubiger verzichtet lediglich auf die Zinshypothek unter Beibehaltung des vereinbarten Zinssatzes.

4. Die der Nebenleistungshypothek zugrundeliegenden Forderungen (Strafzinsen, Vorfälligkeitsentschädigung) entstehen nicht.

158) Hoeniger, S. 22.

1. a) Gerade die Fälle unter 4. haben in den Zeiten der Wirtschaftskrise Anfang der dreißiger Jahre eine unrühmliche Aktualität erlangt, die Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigt haben. Waren Strafzinsen oder sonstige Nebenleistungen nicht entstanden, so haben findige Gläubiger oder um die Befriedigung dinglich nicht gesicherter Gläubiger bemühte Konkursverwalter versucht, bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken Eigentümergrundschulden in Höhe der nicht entstandenen Strafzinsen bzw. sonstigen Nebenleistungen für sich in Anspruch zu nehmen. Die rechtliche Konstruktion war die einer auflösend bedingten Eigentümergrundschuld für die Nebenleistungen, die auflösend bedingt war durch das Entstehen der betreffenden Nebenleistung und mangels Entstehung einer solchen zur endgültigen Eigentümergrundschuld geworden ist. Das LG I Berlin [159] ist dieser Argumentation in einem Beschluß vom 12. 11. 1930 gefolgt und lag damit auf der Linie der bis dahin geltenden Rechtsprechung des KG [160].

Weder in der Berufungs- [161] noch in der Revisionsinstanz [162] hat dieser Beschluß des LG I Berlin "gehalten". Wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Sachverhalts dieser Entscheidungen und seiner rechtlichen Beurteilung für die Frage der Eigentümergrundschuld auf Zinsen und andere Nebenleistungen soll der Sachverhalt hier angeführt werden:

Auf einem zur Zwangsversteigerung gebrachten Grundstück sind zwei Darlehenshypotheken Nr. 25 und Nr. 26 über 200. 000,-- und 100. 000,-- Goldmark eingetragen. Sie sind vom 1. 4. 1926 bzw. 1. 1. 1927 ab mit 9 bzw. 6 1/2% jährlich verzinslich. Die Zinsen sind in vierteljährlichen Raten jeweils zum Ersten eines Kalendervierteljahres zu zahlen. Für den Fall, daß die Zinsen nicht binnen einer Woche nach Fälligkeit entrichtet werden, erhöht sich der Zinssatz für das verflossene Kalendervierteljahr um 2% auf 11 bzw. 8 1/2%.

Der Gläubiger dieser Posten Nr. 25 und 26 hat im Zwangsversteigerungsverfahren die erhöhten Zinsen erst ab 1. 1. 1930 angemeldet. Der Konkursverwalter hat nun seinerseits für die Konkursmasse der Grundstückseigentümerin Eigentümergrundschulden angemeldet, die er daraus herleitet, daß Strafzinsen (Mehrzinsen von 2% für Verzugszeit) vom 1. 4. 1926 bzw. 1. 1. 1927 bis zum 31. 12. 1929 nicht entstanden sind. Aus der Post Nr. 25 wird eine Eigentümergrundschuld bestehend aus 2% Zinsunterschied aus 200. 000,-- Goldmark für die Zeit vom 1. 4. 1926 bis

159) aufgeführt bei Thiele in JW 1931, 561.
160) KGJ 49 A 214, 32 A 262, KG in DRiZ 1931, Nr. 161.
161) KG in JW 1931, 1761.
162) RGZ 136, 74.

31. 12. 1929 im Betrag von 15. 000,-- Goldmark und aus der Post Nr. 26 eine ebensolche bestehend aus 2% Zinsunterschied aus 100. 000,-- Goldmark für die Zeit vom 1. 1. 1927 bis 31. 12. 1929 im Betrag von 6. 000,-- Goldmark geltend gemacht.

Allein diese Zahlen zeigen, daß es sich bei dieser Frage nicht um unwirtschaftliche Sandkastenspiele, sondern um handfeste und wirtschaftlich bedeutsame Interessen der gefährdeten Gläubiger handelt, seien es nun die dinglich gesicherten Gläubiger, die durch eine solche Eigentümergrundschuld ihre Chance auf Befriedigung verschlechtert sehen, oder seien es die ungesicherten Gläubiger, die nach einer solchen Eigentümergrundschuld wie nach einem rettenden Grashalm greifen.

b) Das KG [161)] hält es für zulässig, daß neben der für die Hauptforderung plus Zinsen bestellten unbedingten Hypothek für die übrigen Nebenleistungen, deren Entstehung meist durch ein bestimmtes Verhalten des Schuldners bedingt ist, auch entsprechend bedingte Hypotheken bestellt werden. Ob die Hypothek für die Nebenleistungen bedingt gewollt sei, müsse im Wege der Auslegung ermittelt werden. Allein aus der Formulierung, daß "unter Umständen" ein höherer Zinssatz gelte, könne noch nichts für eine bedingte Nebenleistungshypothek entnommen werden. Ausgehend davon, daß Mehrzinsen im Falle des Verzugs keine eigentlichen Zinsen, sondern als Strafzinsen andere Nebenleistungen i. S. von § 1115 sind, folgt das KG zunächst der h. M., wenn es die Hypothek für diese Strafzinsen bis zu deren Entstehen als auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ansieht. Das KG hat jedoch bereits Bedenken, ob eine anteilige endgültige Eigentümergrundschuld überhaupt entstehen kann, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Bedingung nicht eingetreten, die Zinsen also pünktlich bezahlt sind, dann aber infolge Verzugs die Eigentümergrundschuld in eine Hypothek verwandelt ist. Einer anteiligen Eigentümergrundschuld für die Zeit, in der die Verzugsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben, könne immerhin entgegenstehen, daß jedenfalls ab einem bestimmten Zeitpunkt die die Eigentümergrundschuld als solche auflösende Bedingung nicht eingetreten ist. Doch das KG verneint das Entstehen einer anteiligen endgültigen Eigentümergrundschuld schließlich aus anderen Gründen, deren Bündel nach Ansicht des KG so schwer wiegt, daß es nicht einmal des § 1178 bedarf, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen.

Das KG weist zunächst auf das mögliche Größenmißverhältnis hin, das zwischen der Hypothek für die Hauptforderung und der in Frage stehenden Eigentümergrundschuld entstehen kann, wenn die Hypothek - wie gewöhnlich - auf einen längeren Zeitraum angelegt ist. Dem Eigentümer oder einem die Lage geschickt nutzenden Gläubiger würde diese Eigentümergrundschuld im Zwangsversteigerungs-

verfahren ohne innere Rechtfertigung zufallen. Demgegenüber wären nachstehende Hypothekengläubiger gefährdet und hätten u.U. das Nachsehen. Zwar müßten sie damit rechnen, daß Strafzinsen entstehen und ihren Rechten vorgehen. Doch würden Strafzinsen gewöhnlich nicht für die ganze Vertragszeit entrichtet, vielmehr würde gewöhnlich bei Verzug alsbald Zwangsversteigerung betrieben. Auch würden die Nachhypothekare der Vergünstigung des § 10 Nr. 4 ZVG, wonach sie sich nur Rückstände für 2 Jahre vorgehen lassen müssen, verlustig gehen, wenn ihnen plötzlich eine Eigentümergrundschuld entgegengehalten werden könnte, die die ganze Vertragszeit bzw. Laufzeit umfaßt. Schließlich sei zwar die Eintragung einer Löschungsvormerkung zugunsten der nachstehenden Gläubiger möglich, ihre Eintragung bedeute aber eine erhebliche Erschwerung des Grundbuchverkehrs und fördere die Unübersichtlichkeit des Grundbuchs, wie denn überhaupt die Beleihungsmöglichkeiten verschlechtert und der Hypothekenmarkt gefährdet würden, wenn man derartige Eigentümergrundschulden zuließe. Somit würde der Zweck, für den die Rechtsform der Eigentümergrundschuld vom Gesetzgeber geschaffen sei, nämlich dem Eigentümer die Hergabe fremden Geldes auf sein Grundstück zu erleichtern, in das Gegenteil verkehrt. Das KG schließt daher die Eigentümergrundschuld auf Strafzinsen als dem Sinn und der wirtschaftlichen Aufgabe dieses Rechtsinstituts zuwiderlaufend aus. Statt eines endgültigen Erwerbs der bedingt entstandenen Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer erlösche dieses bedingte Recht gleich wie es für rückständige Zinsen in § 1178 geregelt sei, bei denen auch im entscheidenden Moment keine endgültige Eigentümergrundschuld entstehe, sondern das übergegangene Recht ebenfalls erlösche.

Dieser Entscheidung des KG lassen sich sonach folgende Grundsätze entnehmen:

1. Die hypothekarische Haftung für die gewöhnlichen Zinsen beruht grundsätzlich auf einer unbedingten Hypothek.

2. Die Hypothek für die sog. Strafzinsen ist bis zum Eintritt des Verzuges eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, wenn nicht die Auslegung der Eintragung eindeutig ergibt, daß eine bedingte Hypothek für die Strafzinsen gewollt ist.

3. Tritt der Verzugsfall während der ganzen Vertragszeit oder während eines begrenzten Zeitabschnitts nicht ein, so verwandelt sich diese auflösend bedingte Eigentümergrundschuld nicht in eine endgültige, sondern erlischt, weil das Entstehen einer solchen Eigentümergrundschuld dem Wesen dieses Rechtsinstituts widersprechen würde.

c) Das RG [162] bestätigt im Ergebnis diese Entscheidung des KG. In der Begründung weicht es aber nicht unerheblich ab und betont gerade die beiden Gesichtspunkte, die das KG als nicht erwiesen bzw. überflüssig angesehen hat. Das RG unterscheidet ebenfalls sehr betont zwischen den gewöhnlichen Zinsen und den sonstigen Nebenleistungen. Die Stammschuld und die gewöhnlichen Zinsen als das Entgelt für den Gebrauch des Kapitals seien die regelmäßig feststehenden unbedingten Verbindlichkeiten des Schuldners, "deren ebenso unbedingte dingliche Sicherung der eigentlich wesentliche Zweck und Inhalt der Hypothekenbestellung ist". Dagegen ist das RG wesentlich großzügiger bei der Frage, wann eine Hypothek für andere Nebenleistungen als die gewöhnlichen Zinsen bedingt bestellt ist mit der Folge, daß eine Eigentümergrundschuld gar nicht entstehen kann. Zwar müsse mit dem Entstehen von Strafzinsen oder Vorfälligkeitsentschädigungen gerechnet werden, aber doch nur im Sinne unwillkommener Ausnahmeerscheinungen. Bei ihnen erscheine daher der Wille nur bedingter Belastung als das aus der Natur der Sache Folgende und sei daher als das Nächstliegende im Regelfall anzunehmen. Dieser Wille sei genügend formuliert, wenn es im Grundbuch heiße: "unter Umständen ..." (für Strafzinsen) oder "wird die Hypothek aus irgendeinem Grund vor dem ... fällig" (für die Vorfälligkeitsentschädigung). Die hypothekarische Sicherung erledige sich dann, ohne daß eine Eigentümergrundschuld bleibe, wenn die zu sichernden Forderungen gar nicht entstehen. Das RG kommt zu demselben Ergebnis über § 1178, falls man aus der Eintragung nicht die Bestellung einer bedingten Hypothek, sondern einer auflösend bedingten Eigentümergrundschuld entnehmen wolle. Eine unmittelbare Anwendung von § 1178 entfalle zwar, weil es sich hier eigentlich nicht um "Rückstände" von Nebenleistungen handle, sondern infolge Nichteintritts der Bedingung Nebenleistungen schon gar nicht fällig geworden seien. Die Rechtsähnlichkeit der Lage und das Zutreffen der gleichen gesetzgeberischen Erwägungen wie bei den Zinsrückständen erfordere aber eine entsprechende Anwendung. Dieser entsprechenden Anwendung stehe auch der Gesetzeswortlaut nicht entgegen, da den Gegensatz von Rückständen, auf den eine Ausdehnung sich verbiete, die in Zukunft fällig werdenden Zinsen darstellten, nicht aber solche Beträge aufschiebend bedingter Nebenleistungen, für die wegen des Ausfalls der Bedingung eine Gläubigerhypothek gar nicht entstehe. Die nähere Begründung für diese entsprechende Anwendung des § 1178 entspricht im wesentlichen der des KG, wobei dieses allerdings ohne eine Bezugnahme dieser Gründe auf § 1178 auszukommen meinte.

Die tragenden Gedanken dieser Entscheidung des RG sind:

1. Die dingliche Sicherung der Hauptforderung und der gewöhnlichen Zinsen ist nach Zweck und Inhalt der Hypothekenbestellung grundsätzlich als unbedingte anzusehen.

2. Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen, die sog. Strafzinsen und die Vorfälligkeitsentschädigung betreffen, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Parteien nur eine bedingte dingliche Sicherung dieser Forderungen beabsichtigt haben.

3. Die entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 1178 auf die in Zukunft fällig werdenden Zinsen ist nicht zulässig.

4. § 1178 ist dagegen entsprechend anwendbar auf nicht verfallene Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigung.

Dieses entschiedene Nein der Rechtsprechung zu der Frage, ob für nicht verfallene Strafzinsen oder Vorfälligkeitsentschädigungen Eigentümergrundschulden und zwar endgültige Eigentümergrundschulden entstehen können, hat im Schrifttum fast überall Zustimmung erfahren [163], wenn auch die Begründung teilweise ebenso vielschichtig ist wie die des KG und des RG.

2. Diese Rechtsprechung hatte nur die unter III Ziffer 4 genannte Fallgestaltung zum Gegenstand. Nicht oder nur obiter dictum erörtert wird in ihr die Möglichkeit einer Eigentümergrundschuld auf die Zinsen in den Fällen Ziffer 1 - 3. Hierzu vertritt das Schrifttum, soweit die Frage überhaupt behandelt wird, wiederum einhellig die Meinung [164], daß in allen anderen Fällen als denen des § 1178 der Gesetzgeber das Entstehen einer Eigentümergrundschuld auf die Zinsen hat zulassen wollen. Die Begründung hierfür ist überall gleichartig und mehr eine ihrerseits der Begründung bedürftige Behauptung als ein überzeugender Nachweis der Richtig-

---

163) Goldschmidt in JW 1931; 785; Thiele in JW 1931, 561, der aber ohne nähere Begründung die Anwendung von § 1178 nur bezüglich der Strafzinsen zuläßt, nicht bezüglich der Vorfälligkeitsentschädigung; dagegen befürwortet er die Konstruktion der bedingten Hypothek für beide Arten von Nebenleistungen; Comte in DRiZ 1931, 410, der sogar einer unmittelbaren Anwendung von § 1178 das Wort redet. Scherübl in Staudinger, 4 zu § 1178; Wolff-Raiser, Fußnote 9 zu § 149; Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1178; RGRK, 8 zu § 1178 Hoche in Palandt, 5 zu § 1178.
A. A. Kelling, S. 65 ff.

164) Schuster in RGRK, 7 zu § 1145 und 7 zu § 1178; Scherübl in Staudinger, 2 zu § 1145 und 7 zu § 1178; Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1178; Hoche in Palandt, 5 zu § 1178; Planck-Strecker, 1 aß zu § 1178; Kelling, S. 67; Wolf, S. 108.

keit der vertretenen Ansicht. Sie folgt einer alten Rechtsprechung des RG [165], in der das RG anläßlich der Entscheidung nur mittelbar mit dem vorliegenden Fragenkreis zusammenhängender Fragen [166] den knappen Satz aufgestellt hat, der erste Satz von § 1145 II ergebe insbesondere die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Hypothek in Ansehung künftiger Zinsen erwerbe, während die Hypothek im übrigen beim Gläubiger bleibe [167].

Über die Konsequenz dieser Auffassung in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht haben sich Rechtsprechung und Schrifttum größtenteils keine Gedanken gemacht. So bleiben insbesondere die Dauer einer solchen Eigentümergrundschuld auf Zinsen und ihre wirtschaftliche Verwertbarkeit meist offen. Zum Teil wird in Anlehnung an die zur Abhängigkeit der Zinshypothek von der Kapitalhypothek entwikkelte und allgemein vertretene Auffassung angenommen, die Eigentümergrundschuld erlösche in dem Moment, in dem die Kapitalhypothek erlischt, und zwar auch dann, wenn sie einem anderen als dem Gläubiger der Haupthypothek zusteht [168]. Das bedeutet, daß z.B. im Falle der vorzeitigen Zahlung künftiger Zinsen eine Eigentümergrundschuld entsteht, die über die Zeit des jeweiligen Fälligkeitstermins der einzelnen, im voraus gezahlten Zinsraten hinaus fortbesteht. Schon hier fragt sich, ob dem nicht § 1178 entgegensteht, dessen Sinn offensichtlich dahin geht, bei Zahlung einer Zinsrate nach Fälligkeit keine Belastung des Grundstücks fortbestehen zu lassen. Soll nun etwas anderes gelten,

---

165) RGZ 72, 362; 74, 78.

166) In RGZ 72, 362 ging es um die Frage, ob zur Eintragung einer Zinsherabsetzung die Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist. Das RG bejahte dies, weil § 1183 auch für die Aufhebung der Zinshypothek gelte, die ebenfalls in eine Eigentümergrundschuld übergehen könne.
In RGZ 74, 78 war zu entscheiden, ob das Recht auf die künftigen Zinsen selbständig, d.h. ohne Pfändung der ganzen Hypothek, gepfändet werden kann. Das RG kommt zu dem Ergebnis, daß so gut die künftigen Zinsen ohne das Hauptrecht abgetreten werden können, so gut auch der Zinsbezug einer selbständigen Pfändung unterworfen werden kann.

167) so RGZ 74, 81; in RGZ 72, 365 ist diese Ansicht noch so umschrieben: "Dies" - nämlich der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer - "kommt aber hinsichtlich der Aufhebung des Zinsrechts oder der Herabsetzung des Zinssatzes ebensowohl in Betracht. Denn auch die Hypothek für die Zinsen oder für einen Teil davon kann der Eigentümer im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person gemäß § 1177 für sich erwerben, sofern nicht die Ausnahmevorschrift des § 1178 Platz greift".

168) Schuster in RGRK, 7 zu § 1178.

wenn eine Rate kurz vor Fälligkeit gezahlt wird und dann erst der Fälligkeitstermin verstreicht? Dieser Bedeutung von § 1178 hat Kelling [169] dadurch Rechnung getragen, daß er in allen Fällen, in denen infolge vorzeitiger Zahlung, Aufhebung oder Herabsetzung der Verzinsung oder Verzicht auf die Zinshypothek trotz Fortbestehens der Zinsverpflichtung kein Fälligkeitszeitpunkt mit Zahlungsverpflichtung mehr eintreten kann, von einer hypothetischen Fälligkeit ausgeht und jeweils im Zeitpunkt dieser angenommenen Fälligkeit den Teil der Eigentümergrundschuld erlöschen läßt, der gar nicht hätte entstehen können, wenn die künftigen Zinsraten fällig oder gar rückständig geworden wären und dann bei Zahlung wegen § 1178 die Hypothek erloschen wäre. Oder anders ausgedrückt: für das Bestehen einer Eigentümergrundschuld kommt es nicht auf die Tilgung oder den Erlaß einer Zinsforderung, sondern nur auf das zeitliche Moment des Eintritts der Fälligkeit an. Deshalb erlischt die für die künftigen Zinsen oder Nebenleistungen zunächst entstandene "endgültige" Eigentümergrundschuld mit dem Eintritt des eigentlichen Fälligkeitstermins in der jeweiligen, an sich fälligen Höhe.

Es ist hier noch nicht der Ort für die Kritik an dieser Auffassung des Schrifttums. Aber einige Bemerkungen drängen sich schon in diesem Zusammenhang auf. Die soeben genannte Begründung von Kelling für Art und Umfang der Eigentümergrundschuld auf Zinsen und sonstige Nebenleistungen ist zwar rechtstechnisch wohldurchdacht und entspricht im Ergebnis auch teilweise dem Sinngehalt von § 1178. Gleichwohl bleibt unerfindlich, welche praktische Bedeutung eine derartige "schwindsüchtige" Eigentümergrundschuld haben soll, die ohne Zutun irgendeines Beteiligten nur infolge Zeitablauf immer weniger werden soll. Eine selbständige Verwertbarkeit scheidet aus mehreren Gründen aus.

Einmal ist eine derartige Eigentümergrundschuld im Grundbuch gar nicht so ausgewiesen, wie dies §§ 1113, 1197 verlangen, sondern nur in Prozenten oder Teilen der Hauptforderung. Die Eigentümergrundschuld müßte also erst kapitalisiert und eingetragen werden. Dieser Kapitalisierung stünden aber sowohl der damit vereitelte Zweck des § 1178, als auch die Tatsache entgegen, daß das Grundstück für wiederkehrende Leistungen wie Zinsen zeitlich nur beschränkt zu haften braucht. Diese beschränkte Haftung kommt auch den nachstehend Berechtigten zugute und würde durch die Kapitalisierung an der gleichen Rangstelle und ohne zeitliche Beschränkung aufgehoben. Im Ergebnis würde diese Kapitalisierung auch darauf hinaus laufen, daß man entgegen dem mit § 1178 verfolgten Zweck ein Einschieben von Belastungen aus der Nebenleistungshypothek zwischen die einzelnen Grundstücksbelastungen zuließe.

---

169) Kelling, S. 71.

Zum andern ist die Haftung des Grundstücks für die Nebenleistungen vom Gesetzgeber derart als Anhängsel an die Haupthypothek konstruiert und auf das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers beschränkt, daß sich die Heranziehung dieser Haftung zu ganz anderen Zwecken schon aus diesem Grund verbietet. Schließlich hätte die Akzessorietät der Eigentümernebenleistungsgrundschuld zur Folge, daß auch der Dritte, auf den der Eigentümer das ihm zustehende Recht unter Umwandlung in eine Hypothek für eine selbständige Forderung dieses Dritten überträgt, nur ein in seinem rechtlichen Bestand von dem Hauptrecht abhängiges Recht erlangen würde.

Hätte sich die eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen bejahende h. M. einmal die Konsequenzen vor Augen gestellt, so wäre sie m. E. gar nicht darauf gekommen, das Institut der Eigentümergrundschuld, das speziell auf die Hypothek für die Hauptforderung zugeschnitten ist, auf die Nebenleistungshypothek zu übertragen und anzuwenden.

3. Über das Wesen und die Konstruktion jener Eigentümergrundschuld auf Zinsen und sonstige Nebenleistungen äußert sich die h. M. nicht. Sämtlichen Fällen, in denen nach der h. M. die Entstehung einer Eigentümergrundschuld auf Nebenleistungen möglich ist, ist eigen, daß von vornherein mehr oder weniger ungewiß ist, ob die betreffende Nebenleistung einmal entsteht und fällig wird. Das gilt für die Zinsen wie für die anderen Nebenleistungen, wenngleich das Entstehen der ersteren im Regelfall gewünscht, der letzteren aber eher gefürchtet ist, weil sie ihre Entstehung meist einem atypischen und den Gläubiger gefährdenden Verlauf des Hypothekenrechts verdanken. Das Entstehen hängt bei den Zinsen und den Verwaltungskostenbeiträgen lediglich vom Ablauf der Zeit, bei den meisten Nebenleistungen aber vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses ab. Es ist sonach bedingt, wenn auch bei den regelmäßig wiederkehrenden Leistungen nicht im echten Sinne, sondern nur im Sinn einer Zeitbestimmung nach § 163, auf die aber die Vorschriften über die Bedingung entsprechend anzuwenden sind. Solange nun die Bedingung nicht eingetreten ist, gilt § 1163 I S. 1, wonach die Hypothek dem Eigentümer - als vorläufige Eigentümergrundschuld - zusteht. Dieses Recht des Eigentümers ist aber zunächst nicht endgültig, sondern auflösend bedingt durch den Eintritt der Bedingung bzw. Zeitbestimmung, also durch Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder durch Zeitablauf. Erst wenn endgültig feststeht, daß die Bedingung nicht mehr eintreten und somit die Forderung nicht mehr entstehen kann, kann die vorläufige Eigentümergrundschuld zur endgültigen Eigentümergrundschuld werden [170]. Die Konstruktion für die Auffassung der h. M. muß nun

170) RGZ 153, 169; Hoche in Palandt, 4 d zu § 1163.

dahin gehen, daß bei im voraus gezahlten Zinsen oder beim Verzicht auf künftigen Zinsenbezug oder auf die Zinshypothek im Zeitpunkt der Zahlung oder des Verzichts feststeht, daß die auflösende Bedingung nicht mehr eintreten kann, so daß die vorläufige zur endgültigen Eigentümergrundschuld wird. Dabei bleibt diese Eigentümergrundschuld freilich in zwei wesentlichen Punkten recht dunkel und kaum faßbar. Diese betreffen Umfang und Dauer des Eigentümerrechts. Bezüglich des Umfangs besteht ein konkreter Anhaltspunkt zwar dann, wenn Zinsen vorzeitig gezahlt wurden. Es bietet sich dann an, eine Eigentümergrundschuld im Betrag der Vorauszahlung anzunehmen. Wie aber, wenn auf Zinsen oder auf die Zinshypothek für alle Zukunft verzichtet wird? Soll dann eine Eigentümergrundschuld im Gesamtumfang der Zinsen bestehen, die ohne den Verzicht vermutlich in der Zukunft noch hätte entstehen oder der Zinshypothek unterfallen können? Dieser Betrag ist meist unbestimmt (vgl. § 1113). Wie wäre dann eine zeitliche Begrenzung vorzunehmen? Zur Frage der Endgültigkeit und damit Dauer der Eigentümergrundschuld wurden Andeutungen bereits im vorigen Abschnitt III 2 gemacht. Es kann hier nur wiederholt werden, daß mit Kelling hier auf alle Fälle eine Grenze der Dauer durch § 1178 gesetzt ist. Damit aber wird die Endgültigkeit dieser Eigentümergrundschuld der Macht des Inhabers entzogen und ebenso hinfällig wie der Übergang der Zinshypothek auf den Eigentümer gemäß §§ 1163 I S. 2, 1177, 1178.

4. Nur sehr vereinzelt in Rechtsprechung und Schrifttum wird die gegenteilige Auffassung vertreten, daß die Zinshypothek einer Eigentümergrundschuld nicht zugänglich sei.

a) Das OLG Kiel [171] kam in einer Entscheidung vom 20.10.1931 zu dem Ergebnis, daß § 1163 sich überhaupt nicht auf Nebenleistungen beziehe, so daß der Eigentümer bei Erlaß der vertragsmäßigen Zinsen keine Eigentümergrundschuld erwerbe. § 1163 sei auf die Kapitalforderung zugeschnitten. Kapitalforderung und Nebenleistungen seien wirtschaftlich und rechtlich so verschieden, daß die Ausdehnung der in § 1163 ausgesprochenen Grundsätze auf die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen unzulässig sei. Das Grundbuch würde durch die Zulassung derartiger Eigentümergrundschulden völlig unübersichtlich und schwerfällig. Es sei allgemein anerkannt, daß im Gegensatz zu § 1163 eine Eigentümergrundschuld nicht entstehe, wenn der Eigentümer als persönlicher Schuldner die Zinsen im Zeitpunkt der Fälligkeit zahle. Das sei aber im Grunde nicht aus § 1178 zu begründen, der nur rückständige Zinsen betreffe. Wenn aber dieser unzweifelhaft richtige Gedanke im Ge-

171) in JW 1932, 1576.

setz trotz des auffälligen Widerspruchs zu § 1163 nicht enthalten sei, so ergebe sich daraus nur, daß § 1178 nicht die einzige Ausnahme von § 1163 sei. So sei der Fall, daß die Zinsforderung durch Erlaßverträge ermäßigt oder ausgeschlossen werde, im Ergebnis nicht wesentlich verschieden von dem, daß eine solche Forderung durch Zahlung getilgt werde. Deshalb müsse auch beim Erlaß künftiger Zinsforderungen die Entstehung einer Eigentümergrundschuld verneint werden. Die Annahme einer Grundschuld würde auch Wesen und Zweck dieser Einrichtung widersprechen. Die Eigentümergrundschuld solle ein verwertbares Recht sein. Im Verkehr werde aber eine Verselbständigung von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, wie sie sich aus § 1163 ergeben würde, als nicht vereinbar mit der rechtlichen Natur dieser Nebenforderungen und mit dem Verhältnis der Unterordnung unter die Hauptforderung nicht anerkannt.

b) Während das OLG Kiel seine Entscheidung mehr darauf gestützt hat, daß das Wesen der Eigentümergrundschuld eine unterschiedliche Behandlung von Kapitalhypothek und Zinshypothek im Bezug auf § 1163 fordere, hat das KG in seinem Beschluß vom 17.12.1931 [172] einen konstruktiven Weg gewiesen, wie man die Haftung des Grundstücks für die Zinsen und anderen Nebenleistungen verstehen muß, um zu einer Verneinung einer Eigentümergrundschuld zu kommen.

Der zentrale Gedanke dieser Entscheidung ist der, daß im Gegensatz zu der unbedingten Hypothek für die Hauptforderung die Hypothek für sämtliche Nebenleistungen als genauso aufschiebend bedingt anzusehen ist, wie es die Nebenleistungen selbst auch sind. Tritt dann die Bedingung nicht ein, so wird die dingliche Belastung des Grundstücks in keiner Weise wirksam. Das KG begründet dies wie folgt: im Gesetz geregelt ist lediglich der Fall des § 1178, wonach bei Zahlung von Rückständen keine Eigentümergrundschuld entsteht. Den Gegensatz zu dieser Gruppe von Nebenleistungen bilden die künftigen Zinsen, bei denen die h.M. im Falle von Zahlung oder Erlaß eine Eigentümergrundschuld bejaht. Dazwischendrin aber steht der Normalfall, daß im Zeitpunkt der Fälligkeit, in dem man die Nebenleistung weder als künftig noch als rückständig bezeichnen kann, pünktlich geleistet wird. Für diesen Normalfall wird allgemein angenommen, daß der Eigentümer keine Eigentümergrundschuld in Höhe der gezahlten Beträge erwirbt. "Das aber" - so fährt das KG wörtlich fort - "kann nur darauf beruhen, daß das Gesetz die Hypothek für die künftigen Zinsen überhaupt nur zur Entstehung kommen läßt, wenn die fällig gewordenen Zinsen nicht pünktlich gezahlt, sondern rückständig werden. Die Hypothek ist hiernach insoweit aufschiebend bedingt durch die Nichtzahlung

172) in HRR 1932, Nr. 1047 = JFG 9, 272.

im Zeitpunkt der Fälligkeit. Die Hypothek für die künftigen Zinsen tritt also stets als Hypothek für Rückstände von Zinsen ins Leben. Werden die künftigen Zinsen vor oder bei Fälligkeit bezahlt, so entsteht die Hypothek für die künftigen Zinsen überhaupt nicht". In seiner weiteren Begründung stellt das KG dann noch darauf ab, daß die Erwägungen, die zur Schaffung der Eigentümergrundschuld geführt haben, auf die Hypothek für die Zinsen auch gar nicht zuträfen, weil eben die Eigentümergrundschuld auf Zinsen dem Eigentümer gar kein dauerhaft verwertbares Recht gebe.

c) Die einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen widersprechenden Äußerungen in der Literatur sind sehr spärlich. Nach Predari [173] ist das Zinsenrecht zwar grundsätzlich auch der Eigentümerhypothek zugänglich, wie sich aus § 1177 I S. 2 ergebe. Es sei aber immer zu überlegen, ob die Natur der Zinsforderung als eine Nebenleistung die Anwendung der Normen über die Eigentümergrundschuld zulasse. Das sei nicht der Fall, wenn der Gläubiger eine verzinsliche Hypothek in eine unverzinsliche umwandle oder trotz Fortbestehens der Verzinslichkeit die Hypothek für die Zinsen aufgeben wolle (§ 1168). In beiden Fällen fehle es für die Entstehung der Eigentümergrundschuld bezüglich der Zinsen an der Grundlage des Kapitals, als welche die dem Gläubiger verbliebene Hypothek nicht gelten könne. Deshalb sei in beiden Fällen die Zinsklausel lediglich löschungsreif. Auch Nußbaum [174] bedauert, daß die Praxis den § 1178 allzu wörtlich auslege, wenn sie ihn nicht auf die künftigen Nebenleistungen bezogen wissen wolle.

5. Der Verfasser hat seine Ansicht zu dem Fragenkomplex bereits mehrfach durchblicken lassen. Im Folgenden soll zusammengefaßt der Versuch gemacht werden, die Auffassung der h. M. zu widerlegen, die gegenteilige Ansicht zu begründen und Lösungsmöglichkeiten für die Praxis aufzuzeigen (unter Ziffer 6).

a) Es wurde bereits betont, daß die h. M. mit ihrer Begründung aus § 1145 II S. 1 recht schablonenhaft und kritiklos einer alten Rechtsprechung des RG folgt. Einer näheren Nachprüfung hält diese Begründung aus § 1145 II S. 1 nicht stand.

Interessant erscheint zunächst einmal die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, wie er bei

---

173) § 22, 5 h a. E. (S. 462).

174) Lehrbuch des Dt. Hypothekenwesens, S. 76, Fußnote 1.

der ersten (1888) und zweiten (1895) Lesung vorlag, fehlte in den betreffenden Bestimmungen (1. Lesung: § 1119; 2. Lesung: § 1052) eine dem heutigen § 1145 II entsprechende Vorschrift. Wäre es dabei geblieben, so wäre auf die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen immer - ganz gleich, ob es rückständige oder laufende Beträge sind, die bezahlt wurden - die Regel des § 1145 I anzuwenden gewesen mit der Folge, daß bei jeder Zinszahlung der Schuldner = Eigentümer die Rechte aus § 1145 I S. 2 hätte geltend machen können. Da § 1145 in erster Linie eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners gegen doppelte Inanspruchnahme auf eine Teilleistung ist und der Schuldner bei rückständigen und laufenden Zinsen durch die §§ 1158, 1159, 1178 einem etwaigen Erwerber gegenüber ausreichend geschützt ist, hätte die Ingangsetzung des nach § 1145 I S. 2 vorgesehenen Verfahrens eine unnötige Erschwerung bzw. Komplizierung des Zahlungsverkehrs im Hypothekenrecht bedeutet. Auch wäre dann plötzlich das Grundbuch doch über Rückstände geführt worden, jedenfalls im negativen Sinne eines Nichtmehrbestehens bestimmter Zinsraten. Deshalb wurde auf entsprechenden Antrag hin [175] im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1158, 1159 in die Bundesratsvorlage des Entwurfs von 1898 der heutige Absatz 2 des § 1145 mit aufgenommen.

Aus dieser Entstehungsgeschichte von § 1145 II wird zunächst einmal deutlich, daß § 1145 II keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur eine Einschränkung des in Absatz 1 ausgesprochenen Grundsatzes beinhaltet. Deshalb ist es von vornherein auf alle Fälle unrichtig, wenn sich die h. M. auf Absatz 2 von § 1145 beruft, der nur besagt, daß Absatz 1 nicht für rückständige und laufende Beträge gilt. Vielmehr würde allein die Berufung auf Absatz 1, der in der Tat für künftige Zinsen und sonstige Nebenleistungen gilt, sinnvoll sein.

Aber auch aus § 1145 I würde nicht zu folgern sein, daß der Gesetzgeber damit die Möglichkeit von Eigentümergrundschulden auf Nebenleistungen schaffen wollte oder doch wenigstens gesehen hat. Die den Anwendungsbereich von § 1145 I einschränkende Erwähnung der Zinsen und anderen Nebenleistungen in § 1145 II besagt nichts über die Tatsache hinaus, daß der Eigentümer bei Zahlung rückständiger oder laufender Beträge wegen §§ 1158, 1159 nicht des Schutzes von § 1145 I S. 2 bedarf, um gegen eine doppelte Inanspruchnahme geschützt zu sein.

Die Schutzfunktion steht im Vordergrund bei der Regelung in § 1145 I [176]. Durch den Vermerk der Teilbefriedigung auf dem Brief ist ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 ausgeschlossen (§ 1140). Eines solchen Schutzes bedarf auch der Schuldner = Eigentümer, der künftige Nebenleistungen, insbesondere Zinsen, im voraus

175) Protokolle VI, 253.

176) darauf hebt auch Baur in Soergel-Siebert, 3 zu § 1145 entscheidend ab.

bezahlt und zwar solche, die später fällig werden als in dem durch § 1158 erfaßten Zeitraum. Denn auf diese künftigen Nebenleistungen findet mangels anderweitiger Regelung § 892 Anwendung. Der Eigentümer müßte also teilweise nochmals "leisten", wenn der Gläubiger nach Zahlung der Zinsen auf ein Jahr im voraus sein Hypothekenrecht samt Zinshypothek überträgt und der neue Gläubiger dem Eigentümer den Übergang alsbald mitteilt und somit den Zeitraum des § 1158 festlegt.

In der Schutzfunktion erschöpft sich allerdings nicht die Bedeutung von § 1145 I. Außer dem Vermerk auf dem Brief über die teilweise Befriedigung kann der Eigentümer nach § 1145 I S. 2 die Vorlage des Briefes wahlweise entweder an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung oder an eine zuständige Behörde oder an einen Notar zum Zweck der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs verlangen. Der so hergestellte Teilhypothekenbrief soll dem Eigentümer die Möglichkeit geben, über die von ihm durch Befriedigung des Gläubigers erworbene Teileigentümergrundschuld (§§ 1163, 1177) verfügen zu können [177]. Zwar genügt zur Abtretung und zur Belastung dieses erworbenen Teils der Hypothek auch die Übergabe des Stammbriefs oder die Einräumung des Mitbesitzes gemäß § 866. Zu beiden aber ist der Gläubiger nicht verpflichtet, da er die unumschränkte Herrschaft über den Brief behalten können muß, um zu gegebener Zeit über seinen ihm verbliebenen Hypothekenteil ungehindert verfügen zu können [178]. Deshalb ist die Verwertungsfunktion zu nennende zweite Bedeutung von § 1145 I u. U. für einen Eigentümer, der einen Teil der Hypothek abgelöst hat und auf diesen erneut Kredit aufnehmen will, sehr wesentlich. Allein, das Verlangen auf Herstellung eines Teilhypothekenbriefes erscheint nur dann berechtigt, wenn auf den Eigentümer auch ein Teilrecht übergegangen ist, das verwertet werden kann. Voraussetzung für § 1145 I S. 2/zweite Hälfte ist also das Entstehen einer Eigentümergrundschuld. § 1145 I selbst schafft diese Eigentümergrundschuld nicht. Dies ist ganz offensichtlich nicht seine Aufgabe. Vielmehr ist das Entstehen der Eigentümergrundschuld ausdrücklich geregelt in §§ 1163, 1177. Entsteht nach diesen Vorschriften infolge der Besonderheit der Hypothek für die Zinsen keine Eigentümergrundschuld, wenn künftige Zinsen oder andere künftige Nebenleistungen gezahlt werden, so gewährt auch § 1145 keine Eigentümergrundschuld. Wollte man § 1145 auch die Bedeutung beimessen, daß er Eigentümergrundschulden konstitutiv schafft, so wäre die weitere Besonderheit festzustellen, daß nur bei Briefhypotheken Eigentümergrundschulden auf Nebenleistungen möglich wären, nicht jedoch bei Buchhypotheken. Denn § 1145 handelt nur von der

177) Schuster in RGRK, 5 zu § 1145; Scherübl in Staudinger, 1 a zu § 1145.

178) RGZ 69, 42; Scherübl in Staudinger, 1 zu § 1145; Staudinger in RGRK, 5 zu § 1145; Hoche in Palandt, 2 c zu § 1145.

Briefhypothek. Entsteht aber nach anderen Vorschriften keine Eigentümergrundschuld auf Zinsen, so ist der Anspruch auf Erteilung eines Teilhypothekenbriefs überhaupt ausgeschlossen, weil er ein Nichts verbriefen und nur Unsicherheit im Rechtsverkehr hervorrufen würde. Es wird noch nachzuweisen sein, daß eine Eigentümergrundschuld auf Nebenleistungen nach dem Zweck dieses Rechtsinstituts in keinem Fall entstehen kann. Dann aber beschränkt sich die Bedeutung des § 1145 für die Nebenleistungen insgesamt auf die Schutzfunktion. Die Verwertungsfunktion entfällt.

Was hier für den Fall der Zahlung künftiger Zinsen ausgeführt wurde, gilt ebenso für den Erlaß künftiger Zinsen, der in der Erfüllungswirkung einer Befriedigung durch Zahlung gleichkommt, und den Verzicht auf die Hypothek für die Zinsen (§ 1168 III).

b) Unter 4 a und b wurden bereits anläßlich der Mitteilung zweier Entscheidungen des OLG Kiel und des KG wesentliche Gründe gegen eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen angeführt. Diese sollen insgesamt und ergänzt hier noch einmal dargestellt werden.

aa) Gegen eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen spricht zunächst einmal das Wesen dieses Rechtsbegriffs selbst. Dieses besteht - kurz ausgedrückt - darin, daß der Eigentümer in die Lage versetzt werden soll, eine durch Zahlung oder sonstwie freigewordene Rangstelle für sich weiterverwerten zu können. Dies ist nur möglich, wenn das Aufrücken der nachfolgenden Hypothekare durch ein an die Stelle der ursprünglichen Hypothek tretendes Eigentümerrecht verhindert wird. Da die nachfolgenden Hypothekare meist durch andere Vorteile - etwa höherer Zinssatz - für ihren schlechteren Rang entschädigt sind, bestand keine Veranlassung, das Aufrücken der Nachhypothekare zur Norm zu erheben. Dies konnte vielmehr der Löschungsvormerkung als Ausnahme vorbehalten bleiben. Aus der Regelung der Eigentümergrundschuld in §§ 1163, 1177 wird deutlich, daß sie gedacht ist für das Kapital oder doch Teile davon. In § 1163 I ist die Rede von der Forderung, für die die Hypothek bestellt ist. Bestellt aber ist die Hypothek für die Hauptforderung (§ 1113), nicht für die Nebenforderung auf Zinsen, die nur eine Nebenbestimmung der Hauptforderung ist (§ 1115). Das Gesetz bezeichnet also durchgängig, so insbesondere auch in den Vorschriften, die die Eigentümergrundschuld gewähren, das Kapital als Forderung, dagegen die Zinsen nur als Nebenleistungen. Dementsprechend trifft auch die Begründung für die Eigentümergrundschuld nur auf die Hauptforderung zu. Denn nur insoweit ist ein berechtigter Anspruch des Eigentümers denkbar, eine Rangstelle zu wahren. Die

Hypothek für die Zinsen hat keinen selbständigen Rang in dem Sinne, daß dem Eigentümer dieser Rang erhalten bleiben müßte zur Ausfüllung mit einer neuen Forderung und zwar Hauptforderung im Sinne von § 1113.

Das kommt einmal zum Ausdruck durch § 1178, wonach die Hypothek für Zinsen erlischt, wenn die Zinsen erst als Rückstände getilgt werden. Ebensowenig entsteht nach allgemeiner Meinung eine Eigentümergrundschuld, wenn die Zinsen pünktlich bei Fälligkeit bezahlt werden. Warum sollte nun der Eigentümer bevorzugt werden, der aus irgendeinem Grund die Zinsen im voraus entrichtet? Ein sachlicher Grund ist nicht ersichtlich. Unsachlich und rechtlich nicht haltbar wäre die Begründung, der im voraus zahlende Eigentümer werde für seine Überpünktlichkeit belohnt. Solche Motivierungen sind dem Gesetz schon deshalb fremd, weil es nicht erwartet, daß jemand eine noch nicht fällige Pflicht erfüllt.

Zum andern aber kommt die Unselbständigkeit der Rangstelle für die Zinsen auch in § 1177 I S. 2 zum Ausdruck, wonach sich die Verzinslichkeit und der Zinssatz der auf den Eigentümer übergegangenen Eigentümergrundschuld nach der ursprünglichen Forderung richtet. Wäre der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, die Hypothek für die Zinsen könne ihre eigenen Wege gehen und sich unabhängig vom Zinssatz der Forderung entwickeln, so hätte er diese Bestimmung nicht schaffen dürfen. So aber dokumentiert sie die Hypothek für die Zinsen als ein Anhängsel an die Hypothek für die Hauptforderung.

bb) Damit ist bereits der zweite Gesichtspunkt angedeutet, der gegen eine Eigentümergrundschuld spricht. Die ganze Regelung des Hypothekenrechts im BGB ist zugeschnitten auf die dingliche Sicherung einer Kapitalforderung. Der Gesetzgeber hätte es bei der dinglichen Sicherung allein der Kapitalforderung auch belassen können. Er hätte damit aber die Gefahr heraufbeschworen, daß ein Grundstück schon bei nicht pünktlicher Zahlung nur einer Zinsrate zur Zwangsversteigerung gebracht worden wäre, weil eben die mangelnde Sicherheit für die Zinsen ein Auflaufenlassen weiterer Zinsraten verboten hätte oder daß jeweils in Höhe der Zinsraten Zwangshypotheken eingetragen worden wären, die das Grundbuch nur unübersichtlich gemacht hätten. Auch hätte der Gesetzgeber bei einer Ausklammerung der Zinsen aus dem Hypothekenrecht zu wenig gewürdigt, daß das Geld nicht allein der dauerhaften und sicheren Kapitalanlage, sondern in erster Linie des Zinsgenusses wegen hingegeben wird. Diese überragende Bedeutung des Zinsenwesens [179] hat wohl den Gesetzgeber veranlaßt, auch die Zinsen hypothekarisch abzusichern. Die rechtstechnisch klarste Lösung wäre die gewesen, die Haftung des

179) Motive III, 646: "Das Kapital hat die Bestimmung, Zinsen zu bringen."

Grundstücks für die Zinsen in einem gesonderten Kapitel vollständig und abschließend zu regeln. Aber das hätte eine teilweise Wiederholung bedingt, die das BGB nur unnötig aufgeblasen hätte. Deshalb hat der Gesetzgeber nur wenige Spezialvorschriften, die Nebenleistungen betreffend, in das allgemeine Hypothekenrecht eingereiht. Das aber rechtfertigt nicht den Schluß, daß immer dann die allgemeinen Vorschriften anwendbar sind, wenn nicht expressis verbis etwas anderes bestimmt ist. Vielmehr ist bei jeder Vorschrift, die angewandt werden soll, zu fragen, ob die besondere Natur der Zinsen ihre Anwendung zuläßt [180]. So auch bei der Eigentümergrundschuld. Auf die Zinsen aber trifft der Grundgedanke der Eigentümergrundschuld nicht zu, der voraussetzt, daß eine Hauptforderung erloschen und die fur sie bestellte Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. Hinsichtlich der Zinsen allein fehlt es für eine Eigentümergrundschuld an der Grundlage eines Kapitals. Nur kraft der Hypothek für die Hauptforderung haftet das Grundstück auch für die Zinsen. Erlischt die Hypothek für die Hauptforderung, so erlischt notwendig auch die Hypothek für die Zinsen, auch wenn diese noch nicht vollständig bezahlt sind. Darin zeigt sich besonders deutlich die Abhängigkeit der Zinshypothek von der Kapitalhypothek,und es ist deshalb wohl der Satz angebracht, das Hypothekenrecht gelte nur insoweit auch für die Zinsen, als es zur Befriedigung des Gläubigers im Zinsanspruch aus dem Grundstück notwendig ist. Da die Eigentümergrundschuld nichts mit der Befriedigung des Gläubigers im Zinsanspruch zu tun hat, ist für sie im Bereich der Zinsen auch kein Platz.

cc) Der akzessorische Charakter der Zinshypothek tritt aber besonders dann in Erscheinung, wenn man einmal mit der h. M. eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen annimmt und sich fragt, welcher Art die Verwertbarkeit einer solchen Eigentümergrundschuld ist. Die wirtschaftlich sinnvolle und dauerhafte Verwertbarkeit der Eigentümergrundschuld ist ein wesentlicher Faktor dieses Rechtsinstituts. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß auch eine gewöhnliche Eigentümergrundschuld durch eine Löschungsvormerkung einen sehr vorübergehenden und kurzfristigen Charakter erhalten kann. Entscheidend ist, daß grundsätzlich, d. h. von Gesetzes wegen, die Eigentümergrundschuld einen dauerhaften Vermögenswert für den Eigentümer darstellt. Trifft dies auf eine etwaige Eigentümergrundschuld auf die Nebenleistungen ebenfalls zu? Es ist bezeichnend, daß sich die h. M. - wie bereits angedeutet - hiermit kaum befaßt.

Wenn aber die h. M. selbst die bestehende Zinshypothek für Zinsrückstände in ihrem Fortbestand derart vom Bestehen der Hypothek für die Hauptforderung abhängig macht, daß die Zinshypothek mit der Haupthypothek erlischt, so muß zumin-

---

180) so mit Recht Predari, S. 462.

dest gleiches gelten für die aus Zinsen abgeleitete Eigentümergrundschuld. Das heißt: wird die Haupthypothek gelöscht, so erlischt auch die aus ihr abgeleitete Eigentümergrundschuld auf Zinsen, auch wenn sie mittlerweile an einen neuen Gläubiger abgetreten ist. Das Erlöschen müßte auch die Folge sein, wenn die zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek für die Hauptforderung an einen neuen Gläubiger mit eben dem Zinssatz abgetreten wird, dem die Eigentümergrundschuld auf Zinsen ihre Entstehung verdankt. Eine Abtretung zu diesem Zinssatz wird man nach § 1177 I S. 2 zumindest dann für möglich halten müssen, wenn die Eigentümergrundschuld auf Zinsen aus der Vorauszahlung von Zinsen oder aus dem Verzicht auf die Zinshypothek herrührt, weil in diesen Fällen die Hauptforderung auch bis zu ihrem Erlöschen diesen Zinssatz hatte. In diesem Moment der Abtretung aber ist die ursprüngliche Hypothek durch eine neue Hypothek abgelöst, die ihrerseits wieder als Anhängsel eine Zinshypothek zu genau dem Zinsfuß hat, der Gegenstand der abgeleiteten Eigentümergrundschuld ist. Ein Nebeneinanderbestehen beider Rechte ist nicht denkbar.

Eine weitere zeitliche Begrenzung einer solchen Eigentümergrundschuld wird man den Bestimmungen über die Verjährung der Zinsansprüche samt Hypothek (§§ 197, 223 III) sowie über den begrenzten Vorrang in der Zwangsversteigerung (§ 10 Nr. 4 ZVG) entnehmen müssen. Spätestens im Zeitpunkt der Verjährung soll das Grundstück von der Haftung für Rückstände von Zinsen frei werden. Entsprechend muß es in diesem Zeitpunkt auch von einer durch Vorauszahlung oder Verzicht entstandenen Eigentümergrundschuld, ganz gleich in wessen Händen sie ist, frei werden. Denn die Eigentümergrundschuld setzt sich aus Beträgen zusammen, die, wären sie rückständig geworden, der Reihe nach verjähren. Eine andere Auslegung verstieße gegen die zwingenden Vorschriften über die Verjährung.

Am ehesten mit § 1178 vereinbar dürfte allerdings die Konstruktion von Kelling sein, daß die Eigentümergrundschuld auf Zinsen jeweils im Zeitpunkt der eigentlichen Fälligkeit der bereits gezahlten oder erlassenen oder infolge Verzichts auf die Zinshypothek nicht mehr dinglich gesicherten Zinsen erlischt. Damit aber ist die Unbeständigkeit und Unbrauchbarkeit einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen vollends offenbar. An eine Verwertbarkeit, auch zur bloßen Zwischenfinanzierung, ist kaum zu denken.

dd) Nicht nur die selbst von der h. M. abgelehnte endgültige Eigentümergrundschuld auf nicht entstandene Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschadigungen würde den Realkredit erheblich gefährden. Auch die Möglichkeit von Eigentümergrundschulden auf künftige Zinsen würde einen Unsicherheitsfaktor in das Hypothekenrecht bringen, der durch keine entsprechenden Vorteile für den Eigentümer aufzuwiegen wäre. Die Chance für den Eigentümer, derartige unbeständige Eigen-

tümergrundschulden auf Zinsen nutzbringend zu verwerten, wäre - wie schon erwähnt - außerordentlich gering, wenn nicht gleich null. Denn wer würde sich schon für einen Kredit eine Eigentümergrundschuld abtreten lassen, deren Bestand und Dauer seinen Einflüssen weithin entzogen ist. Auf der anderen Seite aber könnten sich Darlehensgeber durch die Gefahr solcher Eigentümergrundschulden davon abhalten lassen, sich mit einer hinteren Rangstelle zufrieden zu geben. Denn sie riskieren zumindest einen Prozeß mit dem Eigentümer oder einem Dritten, dem eine solche von den Zinsen abgeleitete Eigentümergrundschuld abgetreten wurde. Daß das Grundbuch durch derartige, dem Rechtsverkehr zugängliche Eigentümergrundschulden auf Zinsen sehr unübersichtlich werden kann, versteht sich von selbst und dies stünde in ausgesprochenem Gegensatz zu dem mit den Vorschriften der §§ 1158, 1159, 1178 verfolgten Zweck, Einzelheiten bezüglich der Zinsen möglichst dem Grundbuch fernzuhalten und in das Schuldrecht zu verlegen. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein, die während des Bestehens einer Zinshypothek eingehaltene grundbuchliche Klarheit ausgerechnet in dem Moment zu beseitigen, in dem die dingliche Haftung für die Zinsen wegen Zahlung oder aus einem sonstigen Grund (Erlaß, Verzicht auf die Zinshypothek) nicht mehr erforderlich ist.

ee) Schließlich operiert man bei der Frage, ob eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen möglich ist, nicht ganz im gesetzesfreien Raum, sondern man hat in § 1178 mehr als nur eine Spezialregelung für rückständige Nebenleistungen. § 1178 ist ein Anhaltspunkt dafür, was sich der Gesetzgeber bei der Einführung des Zinsenbezugs in das Hypothekenrecht vorgestellt hat, und weist in die Richtung, in der die Antwort auf die über diesem Kapitel stehende Frage zu suchen ist. Seinem Wortlaut nach gilt § 1178 nur für Rückstände von Nebenleistungen. Die absolut einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum wendet § 1178 aber auch ohne jede Begründung und selbstverständlich für den Fall an, daß Nebenleistungen im Zeitpunkt der Fälligkeit erbracht werden. Damit wird allgemein anerkannt, daß es außer der in § 1178 ausdrücklich geregelten ersten Fallgruppe eine weitere und zwar die Norm darstellende Fallgruppe gibt, bei der keine Eigentümergrundschuld entstehen soll. Wenn der Gesetzgeber diese weitere Fallgruppe (Zahlung bei Fälligkeit) nicht besonders genannt hat, so nur deshalb, weil er es für selbstverständlich hielt, daß hier keine Eigentümergrundschuld entstehen sollte. Ebenso verhält es sich nach Auffassung des Verfassers mit der dritten Fallgruppe, dem vorzeitigen "Erlöschen" künftiger Nebenleistungen. So wenig sich der Gesetzgeber mit der zweiten Fallgruppe expressis verbis befaßt hat, so wenig hat er diese dritte Fallgruppe überhaupt als erwähnenswert und regelungsbedürftig erkannt. Unter der nächsten Ziffer 6 dieses Kapitels wird darzulegen sein, daß dies möglicherweise damit zusammenhängt, daß der Gesetzgeber die Hypothek für die Zinsen als aufschiebend bedingte Hypothek verstanden wissen wollte, bedingt durch das

Rückständigwerden der einzelnen Zinsraten. Auf alle Fälle gilt dies: fehlt für diese dritte Fallgruppe eine ausdrückliche Regelung und ist auch den Motiven zum BGB keine den Willen des Gesetzgebers andeutende Bemerkung zu entnehmen, so ist die Lösung aus dem Geist und Zweck des vorliegenden Gesetzes heraus zu suchen. Hierfür aber ist § 1178 richtungsweisend im Sinne einer Verneinung einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen.

6. Es sollen nun die konstruktiv verschiedenen Wege aufgezeigt werden, auf denen man zu einer Verneinung der Eigentümergrundschuld auf Nebenleistungen gelangt.

a) Das OLG Kiel [181] hat einen sehr großen Schritt getan und die Anwendbarkeit von § 1163 auf Zinsen und Nebenleistungen rundweg mit der Begründung verneint, daß diese Vorschrift ausschließlich auf die Kapitalforderung zugeschnitten sei. Diese Begründung hat einiges für sich, weil in ihr sehr deutlich zum Ausdruck kommt, daß das Institut der Eigentümergrundschuld überhaupt nur im Hinblick auf die Hauptforderung vom Gesetzgeber in das BGB aufgenommen worden ist. So glatt diese Lösung auch ist, so sehr steht sie doch im Widerspruch zum Wortlaut von § 1178, der davon spricht, daß die Hypothek für Rückstände erlischt, "wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt". Diese Formulierung besagt, daß auch die Hypothek für Rückstände auf den Eigentümer übergeht - und zwar nach § 1163 -, daß sie aber dann erlischt. So begreift auch die h. M. diese Formulierung. Sie ist gleichlautend mit § 1177 I, der Vorschrift, die der nach § 1163 I S. 2 übergegangenen Hypothek den Namen Grundschuld gibt. Die Hypothek geht also nicht noch in der Person des Gläubigers unter, sondern sie erlischt nach Übergang. Aus diesem Grund erscheint die Lösung des OLG Kiel zu weitgreifend.

b) Die unmittelbare Anwendung von § 1178 auf sog. Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigungen empfiehlt Comte [182] mit der Begründung, diese Nebenleistungen kämen bereits im Zeitpunkt ihres Versprechens nur als Rückstände, als künftige Rückstände, in Betracht und entstünden deshalb bereits als Rückstände. Abgesehen davon, daß die Wortprägung "künftiger Rückstand", so sehr sich Comte auch dagegen wehrt, eines Widerspruchs in sich selbst verdächtig ist, beruht diese Auffassung auf einer Gleichstellung von Fälligkeit und Rückständigkeit. Comte

181) in JW 1932, 1576.
182) in DRiZ 1931, 410.

muß also ein doppeltes Hindernis überspringen, um zu seiner Gleichung: künftige Nebenforderung = künftiger Rückstand = § 1178 zu gelangen. Das ist etwas zuviel Wortakrobatik [183]. Dennoch liegt in dieser Auffassung von Comte der Kern zu einem bestechenden Gedanken, der weiter unten - allerdings unter einem anderen Namen - näher auszuführen sein wird. Es ist dies die Vorstellung, daß die für die Nebenleistungen bestellte Hypothek erst in dem Moment akut wird, in dem der Fälligkeitszeitpunkt überschritten ist, ohne daß die Nebenleistung vom letztlich Verpflichteten erbracht wurde. Vorher, d.h. einmal, solange die Nebenleistung noch nicht entstanden und fällig ist, und zum zweiten, wenn die Nebenleistung im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit entrichtet wird, ist die Nebenleistung für das Hypothekenrecht völlig uninteressant. Insoweit kann man mit Comte in der Tat sagen, daß die Nebenleistungen - auch solange sie noch künftig sind - nur im Hinblick auf ihre spätere Rückständigkeit interessant und hypothekenrechtlich relevant sind.

c) Dagegen drängt sich die entsprechende Anwendung von § 1178 geradezu auf. Zwar wird durch die entsprechende Anwendung von § 1178 auf künftige Nebenleistungen der Anwendungsbereich dieser Vorschrift scheinbar ausgedehnt auf den diametral entgegengesetzten Fall zu den rückständigen Nebenleistungen i.S. von § 1178. Gewöhnlich ist eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Vorschrift nicht denkbar, da eine analoge Anwendung einer Vorschrift die Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte verlangt. Hierbei ist aber folgendes zu beachten: die Gegensätzlichkeit der Sachverhalte ist hier nur unter dem in diesem Zusammenhang nicht interessierenden Aspekt der Rückständigkeit bzw. Zukünftigkeit einer Leistung gegeben, nicht jedoch unter dem übergeordneten Gesichtspunkt der Entstehung einer Eigentümergrundschuld bei der Kapitalhypothek einerseits und der Nebenleistungshypothek andererseits. Man kann - ohne Hellseher zu sein - sagen, daß der Gesetzgeber bei der Regelung von § 1178 nicht an den Fall dachte, was geschehen soll, wenn nicht rückständige, sondern noch künftige Nebenleistungen getilgt oder erlassen werden. Deshalb wäre es unzulässig, allein aus dem Schweigen des Gesetzgebers in dieser Frage zu schließen, daß insoweit dann eben die allgemeinen Vorschriften der §§ 1163, 1177 anzuwenden sind. Vielmehr ist eingehend zu prüfen, ob die Rechtsnatur der Zinsen und anderen Nebenleistungen die Anwendung der allgemeinen Vorschriften zuläßt oder eine entsprechende Anwendung des § 1178 fordert. Hier ist nun interessant, daß Rechtsprechung und Literatur einhellig und ohne besondere Begründung § 1178 über seinen Wortlaut hinaus auch noch auf den zwischen

183) ausdrücklich gegen eine unmittelbare Anwendung von § 1178 wegen des entgegenstehenden Wortlauts auch RGZ 136, 79.

rückständigen und künftigen Nebenleistungen liegenden Fall der Zahlung im Fälligkeitszeitpunkt anwendet. An dieser Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 1178 wird deutlich, daß die einhellige Meinung dem Gesetzgeber bis hierher in seinem in § 1178 ausgedrückten Gedanken folgt, daß der Eigentümer auf die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen keine Eigentümerrechte erwerben soll. Die Gründe für diese Entscheidung des Gesetzgebers in § 1178 sind bereits ausgiebig erörtert worden. Es grenzt nun an Sophisterei und sinnlose Sandkastenspiele, wenn die h. M. für künftige Nebenleistungen plötzlich - meist ohne nähere Begründung - wieder zurückgreift auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 1163, 1177 und die entsprechende Anwendung von § 1178 gar nicht in Erwägung zieht. Bezeichnend erscheint auch, daß sich die h. M. mit den Konsequenzen ihrer Auffassung und insbesondere mit der Frage, von welcher Bedeutung und Dauer das von ihr behauptete Eigentümerrecht auf Nebenleistungen ist, überhaupt nicht auseinandersetzt. Würde sie das tun, so würde sie sehr bald darauf stoßen, daß dieses Eigentümerrecht nicht dauerhaft und nicht verwertbar ist, weil es jedenfalls insoweit noch an § 1178 gekettet ist, als jeweils im Zeitpunkt der fiktiven Fälligkeit eines Teils der getilgten oder erlassenen Nebenleistung auch der Teil der daraus resultierenden Eigentümergrundschuld erlischt. Diese untrennbare Verbindung von § 1178 und die über kurz oder lang doch durchschlagende Bedeutung von § 1178 führt dazu, daß man aus dem Grundgedanken des § 1178 heraus, dem Eigentümer kein aus der Haftung seines Grundstücks für die Nebenleistungen abgeleitetes Eigentümerrecht zu geben, diese Vorschrift in allen Fällen des Erlöschens von Nebenleistungen anwendet, sei es unmittelbar bei rückständigen, sei es mittelbar bei fälligen und künftigen Nebenleistungen. Nur dieses Ergebnis erspart allen Beteiligten, insbesondere auch dem Grundbuchamt, viel Sorge und Unsicherheit über Bedeutung, Umfang und Geltungsbereich der Zinshypothek.

d) Wer diesen Weg unter c wegen seiner "dogmatischen Großzügigkeit" nicht gehen, aber gleichwohl die Möglichkeit einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen verwerfen will, dem bleibt ein letzter und dogmatisch einwandfreier Weg über die aufschiebend bedingte Hypothek für die aufschiebend bedingten oder die betagten Nebenleistungen.

Diese Lösung setzt ein Zweifaches voraus: es muß überhaupt zulässig sein, eine Hypothek bedingt zu bestellen und es muß weiter zulässig sein, die Hypothek für die Hauptforderung einerseits unbedingt und für die Nebenleistungen andererseits bedingt zu bestellen. Das erstere ist in Rechtsprechung [184] und Literatur [185]

184) RGZ 70, 248; 122, 330; 136, 74; KGJ 46 A 237.

185) Hoche in Palandt, 3 a zu § 1113; Scheruhl in Staudinger, 14 zu § 1113; Wolff-Raiser, § 134 I a. E.; Baur in Soergel-Siebert, 5 zu § 1113.

allgemein positiv entschieden. Grundsätzlich kann nach § 158 jedes Rechtsgeschäft bedingt abgeschlossen werden. Das gilt auch im Sachenrecht, soweit nicht ein Rechtsgeschäft wie etwa die Auflassung in § 925 ausdrücklich als bedingungsfeindlich bezeichnet ist. Deshalb kann eine Hypothek mit der Folge bedingt bestellt werden, daß bis zum Eintritt der Bedingung keine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld besteht und bei endgültigem Ausfall der Bedingung überhaupt keine dingliche Belastung des Grundstücks akut wird. Die Hypothek entsteht vielmehr unmittelbar und nur bei Eintritt der Bedingung.

Das letztere ist nur wenig erörtert [186] und wird teilweise als selbstverständlich vorausgesetzt [187]. Grundsätzlich gelten die Rechtsverhältnisse der ganzen Hypothek auch für deren Einzelteile. Ist daher die Hypothek für die Hauptforderung unbedingt bestellt, so könnte daraus geschlossen werden, daß auch die Nebenleistungshypothek unbedingt ist. Es ist aber bereits mehrfach begründet worden, daß und warum die Zinshypothek nicht völlig kritiklos nach den allgemeinen Vorschriften des Hypothekenrechts beurteilt werden darf. Außerdem ist die Zinshypothek zwar in ihrem Fortbestehen sehr stark von der Kapitalforderung abhängig, aber doch auch insoweit eine selbständige Hypothek, als sie - wie bereits erörtert - bei Abtretung des Zinsenbezugs mit diesem auf den Erwerber übergehen kann, während die Kapitalhypothek beim Veräußerer bleibt; auch kann die Zinshypothek - insbesondere bei nachträglicher Erhöhung des Zinssatzes - einen anderen, schlechteren Rang als die Kapitalhypothek haben [188]. Bei Abtretung des Zinsenbezugs kann über die mitabgetretene Zinshypothek ein Teilhypothekenbrief ausgestellt werden. Wenn aber Kapital- und Nebenleistungshypothek derart auseinanderfallen können, dann muß ihnen auch in der Zeit, in der sie einem Gläubiger an einer Rangstelle zustehen, doch soviel Selbständigkeit eigen sein können, daß sie von vornherein einesteils unbedingt, andernteils bedingt bestellt werden.

Auch aus dem Gesetz heraus läßt sich die Möglichkeit eines Nebeneinander von bedingter und unbedingter Hypothek begründen. Nach § 1118 haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Hauptforderung. Das sind insbesondere die Verzugszinsen. Nun ist es aber offensichtlich, daß die die Haftung des

---

186) KG in JW 1931, 1761; KG in HRR 1932, Nr. 1047 = JFG 9, 272.

187) RGZ 136, 74.

188) RGZ 132, 106 (110); KGJ 26 A 145; 33 A 250 (255); 43 A 234. Das KG (J 46 A 233 (237)) hat es auch umgekehrt zugelassen, die Hypothek für die Hauptforderung unbedingt, für die Zinsen dagegen auflösend bedingt zu bestellen und zwar auflösend bedingt durch die Rückzahlung der Hauptforderung, so daß eine zinslose Eigentümergrundschuld entsteht.

Grundstücks hierfür begründende Hypothek erst mit diesen gesetzlichen Zinsen nach § 1118 entsteht. Das Gesetz selbst behandelt also insoweit die Hypothek als durch die Entstehung der gesetzlichen Zinsen bedingte Hypothek, während die Hypothek im übrigen unbedingt bestellt ist.

Nun umfaßt allerdings die Nebenleistungshypothek sehr verschiedenartige Nebenleistungen. Die vereinbarten Zinsen werden zu ganz bestimmten, von vornherein festgelegten Terminen fällig. Sie sind daher nicht bedingt i. S. von § 158. Auch eine Zeitbestimmung i. S. von § 163 dürfte kaum vorliegen, da durch den Abschluß des Darlehensvertrages die Grundlage für sämtliche künftigen Zinsraten geschaffen ist und somit die vollen Geschäftswirkungen bereits eingetreten sind. Die künftigen Zinsforderungen sind vielmehr sog. betagte Verbindlichkeiten. Dasselbe gilt für die regelmäßig zu zahlenden Verwaltungskostenbeiträge. Demgegenüber sind die sonstigen Nebenleistungen wie Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigung in ihrer Entstehung abhängig vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses und damit aufschiebend bedingt i. S. von § 158. Die Rechtsprechung [189] hat den Gedanken einer bedingten Hypothek fast nur für solche Nebenleistungen ausgesprochen, die in dem letzteren Sinn echt bedingt waren, also nicht für gewöhnliche Zinsen.

Das RG [190] hat sogar ausdrücklich der Stammschuld samt den gewöhnlichen Zinsen, für die entsprechend dem eigentlichen, wesentlichen Zweck und Inhalt der Hypothekenbestellung eine unbedingte dingliche Sicherung gewollt sei, die Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigungen gegenübergestellt, bei denen der Wille der bedingten Belastung das aus der Natur der Sache Folgende sei. Es spricht jedoch alles dafür, in dieser Frage die Nebenleistungen einschließlich Zinsen genauso einheitlich zu behandeln wie dies der Gesetzgeber in der gesetzlichen Regelung der §§ 1115, 1145 II, 1158/59, 1160 III, 1178 getan hat und nicht die gewöhnlichen Zinsen aus den Nebenleistungen herauszunehmen und der Hauptforderung zuzuschlagen. Denn der Gedanke, daß auf nicht entstandene Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigungen keine Eigentümergrundschulden entstehen sollen, trifft auf Zinsen genauso zu, die vorzeitig oder spätestens bei Fälligkeit gezahlt oder erlassen werden. Entscheidend ist nicht der Unterschied zwischen Zinsen und anderen Nebenleistungen, daß die einen nur betagt und vom Eintritt des kalendermäßig festliegenden Zeitpunkts abhängig sind, die andern dagegen vom Eintritt einer echten Bedingung abhängen. Entscheidend ist vielmehr, daß sämtliche Nebenleistungen einer Hypothek nur dann vom Rechtsinstitut der Eigentümergrundschuld ferngehalten werden können, wenn die für sie bestellte Hypothek insgesamt als aufschiebend bedingt angesehen wird.

189) KG in JW 1931, 1761; RGZ 136, 74.

190) RGZ 136, 74.

Aus der unterschiedlichen Entstehungswahrscheinlichkeit der einzelnen Nebenleistungen und der unterschiedlichen Zahlungsbereitschaft des Schuldners bei den einzelnen Nebenleistungen ergibt sich dann freilich auch ein Unterschied bezüglich des Zeitpunkts des Eintritts der die Hypothek auslösenden Bedingung. Bei allen nicht regelmäßig wiederkehrenden, sondern als negative Ausnahmeerscheinung anzusprechenden Nebenleistungen wie Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigung tritt mit dem Eintritt der Bedingung für die Nebenleistung sogleich auch die Bedingung für das Entstehen der Nebenleistungshypothek ein. Wird die fällige oder rückständige Nebenleistung dann beglichen, so erlischt nach § 1178 das Hypothekenrecht. Dagegen wird man bei allen regelmäßig wiederkehrenden Nebenleistungen wie Zinsen und Verwaltungskostenbeiträgen die Bedingung für das Entstehen der Hypothek erst dann als eingetreten anzusehen haben, wenn die Nebenleistung fällig geworden und der Schuldner den Fälligkeitstermin hat ungenutzt verstreichen lassen, d. h. wenn die Nebenleistung rückständig geworden ist. Zahlt der Schuldner dann kurz nach Fälligkeit, so ist die Nebenleistung bereits rückständig und § 1178 anwendbar. Auf diese Weise verliert der von der h. M. bisher so ohne jede Begründung entsprechend § 1178 behandelte Fall der Zahlung im Fälligkeitszeitpunkt seinen unklaren Standort und wird mit hineingenommen in die noch vor dem Entstehen der Zinshypothek liegende Zeit der noch ausstehenden Bedingung.

Einer klarstellenden Bemerkung bedürfen nur noch die Fälle, in denen die Zinsen zwar spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit an den Gläubiger bezahlt werden, aber nicht vom Letztverpflichteten, sondern vom persönlichen Schuldner, der einen Ersatzanspruch i. S. von § 1164 gegen den Eigentümer bzw. dessen Rechtsvorgänger hat. In diesen Fällen muß die Zinshypothek in dem Zeitpunkt in der Person des Schuldners entstehen, in dem die getilgten Zinsen ohne die Leistung des zwischenverpflichteten Schuldners rückständig geworden wäre, weil sie nämlich der Eigentümer nicht bezahlte und auch den Schuldner hinsichtlich des Ersatzanspruchs nicht bis zur Fälligkeit befriedigte. Denn der Rückgriffsanspruch gegen den Eigentümer soll ja nach der Vorschrift des § 1164 dinglich abgesichert sein. Das Verhältnis von § 1143 zu § 1164 bei den Hypothekenzinsen wird im übrigen noch in einem besonderen Kapitel 7 behandelt werden.

Die vom RG [190)] getroffene Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Zinsen und sonstigen Nebenleistungen ist nicht erforderlich zum Schutz der Gläubiger. Denn ihnen ist vollkommen ausreichend damit gedient, daß sie eine Hypothek in dem Zeitpunkt erhalten, in dem der Fälligkeitstermin überschritten wurde, ohne daß der Schuldner die fälligen Zinsen beglichen hat. Hat der Schuldner aber die Zinsen im voraus entrichtet oder sind ihm Zinsen für die Zukunft erlassen, so kann der Gläubiger eine Hypothek ohnehin nicht erwerben, weil die eine vorläufige Eigentümergrundschuld auflösende Bedingung der Fälligkeit gar nicht mehr ein-

treten kann. Der Gläubigerschutz aber wäre allein eine Begründung dafür, dem RG in seiner Unterscheidung zu folgen. Vorläufige oder künftig endgültige Rechte des Eigentümers aus einer Eigentümergrundschuld aber sind bei der Nebenleistungshypothek gar nicht zu berücksichtigen. Der Eigentümer soll nach dem Willen des Gesetzgebers aus der Haftung des Grundstücks für die Nebenleistungen keine Rechte ableiten können.

Dies führt zu einem letzten Gesichtspunkt. In der Rechtsprechung zu den Strafzinsen und zur Vorfälligkeitsentschädigung wird zum Teil angenommen, daß eine bedingte Hypothek für diese Nebenleistungen nur dann angenommen werden kann, wenn dem Inhalt der Grundbucheintragung oder der Eintragungsbewilligung ein Anhaltspunkt in dieser Richtung zu entnehmen ist [191]. Nun mag sich dieser Wille möglicherweise bei solchen im echten Sinne bedingten Nebenleistungen in Einzelfällen der Eintragung und den in Bezug genommenen Urkunden entnehmen lassen, obwohl schon hier die Formulierungen meist derart neutral und gleichlautend sind, daß in ihnen allenfalls die Vorstellung des die Unterlagen zusammenstellenden und die Eintragung vornehmenden Notars als der Wille der Parteien zum Ausdruck kommt. Diese machen sich darüber, ob das Recht bedingt bestellt sein soll oder nicht, keine Gedanken. Deshalb ist der Wille, den das RG [191] gewissen Formulierungen entnehmen zu können glaubt, mehr unterstellt als im Rechtsgeschäft der Parteien nachweisbar. Erst recht aber läßt sich der Wille zur bedingten Rechtsbestellung nicht den Eintragungen der gewöhnlichen Zinsen entnehmen, die sich auf die Angabe des Zinssatzes und des Zinsbeginns beschränken. Auch die Eintragungsbewilligungen äußern sich nie zur Frage der bedingten und unbedingten Zinshypothek. Die Bedingtheit der Nebenleistungshypothek kann daher nicht vom Willen der Parteien abhängig gemacht werden. Vielmehr ist aus der Begründung des Gesetzgebers für die Eigentümergrundschuld und aus den Regeln der Zinshypothek, insbesondere § 1178, zu schließen, daß die Nebenleistungshypothek von Gesetzes wegen bedingt im oben erörterten Sinne ist [192]. Das Gesetz läßt die Hypothek für die künftigen Zinsen überhaupt nur entstehen, wenn der Fälligkeitszeitpunkt ungenutzt verstreicht. Die Hypothek ist also insoweit aufschiebend bedingt durch die Nichtzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit. Und damit kommt hier der von Comte [193]

---

191) KG in JW 1931, 1761; RGZ, 136, 74. Während das KG hier strenge Anforderungen an die Erkennbarkeit des Willens zur bedingten Rechtsbestellung stellt, entnimmt das RG die Bedingtheit bereits Formulierungen wie "unter Umständen" bei Strafzinsen und "wird die Hypothek aus irgendeinem Grund vor dem ... fällig, so" bei der Vorfälligkeitsentschädigung.

192) so auch KG in HRR 1932, Nr. 1047 = JFG 9, 272.

193) in DRiZ 1931, 410.

zur Begründung der unmittelbaren Anwendung von § 1178 entwickelte Gedanke zum Tragen, daß die Hypothek für die kunftigen Zinsen stets als Hypothek für Rückstände ins Leben tritt. Ehe die Zinsen nicht rückständig sind - oder umgekehrt ausgedrückt: solange die Zinsen noch künftig sind oder an der Schwelle zwischen künftig und rückständig, also am Fälligkeitstermin stehen - bedarf der Gläubiger noch nicht des Schutzes durch die besondere Hypothek, weil noch ungewiß ist, ob die künftigen Zinsen überhaupt noch entstehen und wenn ja, ob sie nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit bezahlt werden. Erst Rückstände bedurfen der hypothekarischen Sicherung, weil sie ein Anzeichen dafür sind, daß der Gläubiger möglicherweise nicht aus dem persönlichen Schuldverhältnis, sondern nur aus dem dinglichen Recht wird Befriedigung erlangen können. Vorher wäre die Annahme einer bereits als vorläufige Eigentümergrundschuld existenten dinglichen Belastung ein unbegründetes Mißtrauen gegenüber der Zahlungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

Dieser Lösung steht auch nicht § 1113 II entgegen, wonach eine Hypothek auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden kann. Denn auch dies ist eine Vorschrift, die auf eine Forderung als Hauptforderung zugeschnitten ist. Für eine Nebenleistung allein kann gar keine Hypothek bestellt werden, solange sie nicht in einer bestimmten Geldsumme (§ 1113 I) ausgedrückt wird. Es besteht auch kein Bedürfnis hierzu. Denn der Rang, den § 1113 II bereits für eine noch nicht entstandene Forderung wahren hilft, ist bei der Nebenleistungshypothek immer durch die Haupthypothek gewährleistet. Außerdem besagt § 1113 II nur, daß für eine künftige Forderung eine Hypothek bestellt werden kann. Ob diese Hypothek nun nur unbedingt oder auch selbst bedingt sein kann, ist damit noch nicht entschieden.

5. KAPITEL

ZINSEN UND SONSTIGE NEBENLEISTUNGEN BEI ÜBERGANG DER KAPITALHYPOTHEK AUF DEN EIGENTÜMER GEMÄSS §§ 1163, 1177

I. DIE VERZINSLICHKEIT

1. Nach § 1177 I S. 2 bleiben beim Übergang der Hypothek auf den Eigentümer in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes usw. die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Das bedeutet im Normalfall, daß eine bis zu ihrem Erlöschen zu 6% verzinsliche Hauptforderung eine ebenfalls zu 6% verzinsliche Eigentümergrundschuld nach sich zieht, wobei allerdings der Eigentümer die Zinsen gewöhnlich nicht beanspruchen kann (§ 1197 II). Dies gilt nicht nur, wenn die einzelnen Zinsraten jeweils im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit bezahlt werden, sondern auch dann, wenn in einem bestimmten Zeitpunkt sämtliche bis zum Erlöschen der Hauptforderung zu erwartenden künftigen Zinsraten beglichen wurden.

Eines muß aber hier schon deutlich herausgestellt werden. Wenn sich die Verzinslichkeit der Eigentümergrundschuld nach der Verzinslichkeit der ursprünglichen Forderung richten soll, so kann dies selbstverständlich nur dann gelten, wenn der schuldrechtlich vereinbarte Zinssatz auch Gegenstand der Hypothek, d. h. dinglich abgesichert war. War die Hypothek unverzinslich, so ist auch die Eigentümergrundschuld unverzinslich, mag auch die der Hypothek zugrundegelegte Forderung noch so hoch verzinslich gewesen sein [194].

2. Von diesem Normalfall sind Abweichungen in zweierlei Richtung möglich:

a) Im Verlauf des Bestehens der Forderung samt Hypothek gibt der Hypothekar die dingliche Sicherung der Zinsen auf, weil er etwa auf die Zahlungsbereitschaft des Schuldners vertraut oder insoweit eine andere Sicherheit erlangt hat. Schuldrechtlich bleiben die einmal vereinbarten Zinsen aber nach wie vor ausbedungen.

b) Der zunächst vereinbarte Zinssatz wird nach einiger Zeit erhöht oder ermäßigt oder es wird sogar die Vereinbarung über die Verzinslichkeit gänzlich aufgehoben.

---

194) Wolff-Raiser, Fußnote 8 zu § 146; Planck-Strecker, 3 a zu § 1177.

Diese beiden Abweichungen sind zwar insoweit grundverschieden, als im ersten Fall unmittelbar auf das dingliche Recht eingewirkt wird, während im zweiten Fall die Zinshypothek nur mittelbar durch rechtsgeschäftliche Veränderungen des Schuldverhältnisses berührt wird. Beiden Fällen ist aber unter dem Blickwinkel des § 1177 I S. 2 die Frage gemeinsam, welches nun bei einer solchen Änderung die für die Forderung getroffenen Bestimmungen sind. Sind es die ursprünglich bei der Bestellung des Rechts getroffenen Bestimmungen oder sind es die, die im Zeitpunkt des Übergangs der Hypothek auf den Eigentümer Geltung haben?

3. Im Folgenden soll geprüft werden, welche Konsequenzen sich für die auf den Eigentümer übergegangene Hypothek aus derartigen Änderungen bezüglich der Zinsen während der Laufzeit der Hypothek ergeben. Schon der räumliche Zusammenhang, der zwischen dem vorausgegangenen Kapitel über die Eigentümergrundschuld auf Zinsen und der hier angeschnittenen Frage besteht, läßt erahnen, daß hier auch sachliche Zusammenhänge bestehen. Wie bei der Kapitalhypothek geht es auch bei der Zinshypothek darum, welche Rechte aus einer Fremdhypothek auf den Eigentümer übergehen können. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung aber, die diese Frage auch hinsichtlich der Zinsen vollkommen auf dem Felde der Eigentümergrundschuld abhandelt, wird hier versucht, sich auf die Auslegung von § 1177 I 2 zu konzentrieren und nur am Rande die für die Kapitalhypothek geltenden Vorschriften heranzuziehen. Auf diese Weise soll vermieden werden, daß man wie die h. M., die in der Weiterverfolgung der von ihr bejahten Eigentümergrundschuld auf Zinsen in ein von der Hauptforderung unabhängiges Betrags- oder Geldsummen-Denken aus einer Prozentzahl hineinkommen muß, der dinglichen Absicherung der Zinsen eine eigenständige und unabhängig von der Kapitalhypothek verwertbare Größe beimißt. Die Zinshypothek ist nun einmal nur Dienerin der Hypothek für die Hauptforderung und richtet sich auch nach dieser. Daraus erklärt sich auch die Vorschrift des § 1177 I 2. Weil der Zinssatz als solcher mangels Geldsummenqualität einer Eigentümergrundschuld nicht zugänglich ist, muß seine Fortgeltung bei der Eigentümergrundschuld und insbesondere später bei einer erneuten Abtretung und Valutierung ausdrücklich bestimmt werden. Die für den Eigentümer im Zusammenhang mit der Zinshypothek wesentliche Frage kann daher nicht lauten, ob er während der Laufzeit der Hypothek eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen erwerben kann, sondern nur, ob und unter welchen Voraussetzungen den zunächst vereinbarten Hypothekenzinssatz abändernde Rechtsgeschäfte geeignet sind, auf die Höhe der nach § 1177 I 2 übergehenden Verzinsung Einfluß zu nehmen. Anders ausgedrückt: muß der Eigentümer, der sein Grundstück für eine 7%ige Hypothek zur Verfügung stellt, damit rechnen, daß er ohne sein Zutun und Einverständnis beim Übergang der Hypothek auf ihn nur noch

eine zu 5% verzinsliche Eigentümergrundschuld erhält, weil inzwischen der Gläubiger und der von ihm verschiedene persönliche Schuldner eine Zinsherabsetzung vereinbart haben.

a) Geht man zunächst vom Wortlaut des § 1177 I S. 2 aus, so wird offensichtlich, daß dieser für die Frage der Auswirkung nachträglicher Änderungen von Zinssatz oder Zinshypothek kaum etwas hergibt. Der Wortlaut gibt eine zweifelsfreie Antwort nur für den Normalfall, bei dem sich an der Zinsvereinbarung nichts geändert hat. Er besagt aber nichts darüber, ob bei zwischenzeitlichen Änderungen immer die ursprüngliche, die beim Übergang der Hypothek geltende oder schließlich die Höchstzinsvereinbarung entscheidend ist, falls der Zinssatz zunächst erhöht, dann aber wieder ermäßigt wurde. Bei näherem Zusehen stellt man aber sehr schnell fest, daß wohl keine dieser drei Möglichkeiten einzig richtig sein und absolut gelten kann.

aa) Was die erstgenannte Möglichkeit betrifft [195], so wurde sie mit ihrer Fixierung auf den Beginn der Hypothek viel zu starr sein und nicht berücksichtigen, daß die Hypothek im Ablauf der Zeit Veränderungen nach allen Richtungen unterworfen werden kann, die beim Übergang der Hypothek auf den Eigentümer nicht einfach als ungeschehen übergangen werden können. Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß etwa eine Hypothek, die zunächst nur mit 4% verzinslich vereinbart war, deren Zinssatz aber bald im Einverständnis sämtlicher Beteiligter (Schuldner, Eigentümer, Nachhypothekar) auf 7% erhöht wurde, auch als 7%ige Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergeht. Insoweit gilt also nicht die Anfangsvereinbarung, sondern die, die im Zeitpunkt des Übergangs besteht. Eine zeitliche Aufteilung der Eigentümergrundschuld in eine 4%ige und eine 7%ige Eigentümergrundschuld entsprechend der seinerzeitigen Geltungsdauer der einzelnen Zinssätze bei der Hypothek, wäre ein Unding und praktisch nicht durchführbar.

Dies führt zu einem ersten Grundsatz: Geschieht im Verlaufe eines Hypothekenrechtsverhältnisses nichts weiter, als daß der Zinssatz zwischendurch einmal mit Wirkung auch für die Hypothek erhöht wird, so gilt dieser erhöhte Zinssatz auch für die Eigentümergrundschuld.

---

195) Scherübl in Staudinger, 3 a zu § 1177 bezeichnet zwar für § 1177 I S. 2 die für die Forderung bei Bestellung der Hypothek getroffenen Bestimmungen als maßgebend. Doch ist diesem Satz nicht zu entnehmen, ob dies immer gelten soll, also auch wenn nach der Bestellung der Hypothek Änderungen im Zinsenpunkt vorgenommen wurden.

bb) Ein besonders krasser Fall der zwischenzeitlichen Änderung ist der, daß der Gläubiger bei gleichbleibendem Zinssatz auf die hypothekarische Sicherung verzichtet. Mit dem Wort "Verzicht" ist hier ein Terminus gefallen, dessen Bedeutung im Bereich der Hypothekenzinsen eigentlich erst im folgenden Kapitel erörtert werden soll. Hier soll der Bedeutungsgehalt des Wortes "Verzicht" nur dahin umschrieben werden, daß der Verzicht einseitig vom Glaubiger ausgesprochen wurde, ohne daß sich hieran der Eigentümer irgendwie beteiligte.

Soll hier der Eigentümer nur eine unverzinsliche Eigentümergrundschuld erwerben? Es wäre gewiß eine zu kurzsichtige Lösung, wurde man den Übergang einer zum Zinssatz der Forderung verzinslichen Eigentumergrundschuld damit begründen, daß ja die Forderung von Anfang bis Ende so verzinslich war. Denn schon unter I. 1 dieses Kapitels wurde ausgeführt, daß die für die Forderung getroffenen Bestimmungen nur insoweit auch für die Eigentumergrundschuld gelten, als sie auch für die Hypothek maßgebend waren. Mit dem Wortlaut von § 1177 I 2 ist also hier nicht zu helfen und insbesondere der Verzicht des Gläubigers als unbeachtlich abzutun.

cc) Der dritte Fall einer Änderung der Zinsbestimmungen liegt schließlich dann vor, wenn der Zinssatz durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner herabgesetzt oder gänzlich aufgehoben wird. Eine solche schuldrechtliche Vereinbarung liegt völlig außerhalb des Einflußbereichs des Eigentumers. Wurde die Herabsetzung einen Teil des Kapitals betreffen, so wurde der Eigentümer eben insoweit eine Eigentümergrundschuld erwerben. Auch hier stellt sich die Frage, ob der Eigentumer hinnehmen muß, daß aus seiner bei Bestellung der Hypothek begründeten Chance, eine Eigentumergrundschuld zu einem ganz bestimmten Zinssatz zu erwerben, die Qualität einer niedrigen oder überhaupt nicht mehr verzinslichen Eigentumergrundschuld wird. Wieder ist der Wortlaut von § 1177 I S. 2 unergiebig, weil ihm sowohl der Beginn der Hypothek als auch der Übergang der Hypothek als entscheidender Zeitpunkt für die Verzinslichkeit unterstellt werden können.

b) Wenn aber der Wortlaut nicht weiterführt, so ist nach dem Sinn der Regelung und nach ihrer Einordnung im Gesamtsystem zu fragen. Das Kapital hat nach einem Satz aus den Motiven [196] a e Bestimmung, Zinsen zu tragen. Wegen dieser ihrer besonderen Bedeutung sind die Zinsen auch ins Hypothekenrecht mit aufgenommen worden. Der Eigentumer kann eine auf ihn übergegangene

196) Motive III, S. 646.

Eigentümergrundschuld zumindest leichter verwerten, wenn er auch den Zinssatz hypothekarisch absichern kann, den der Erwerber für sein Geld beansprucht. Das aber kann er nur, wenn er vom Vorgänger nicht nur das Hauptrecht als solches, sondern auch die Verzinsungsbefugnis erwirbt. Die Verwertbarkeit der Eigentümergrundschuld hängt also wesentlich von der Möglichkeit, die verlangte Verzinsung einräumen zu können, ab. Deshalb geht die Verzinslichkeit als Anhängsel der Eigentümergrundschuld gemäß § 1177 I S. 2 mit über. Diese zugunsten des Eigentümers geschaffene "Übergangsbestimmung" des § 1177 I S. 2 wäre nun aber reichlich unbeständig und es würden die Rechte des Eigentümers zu einem Spielball von Gläubiger und Schuldner, wenn diese durch Zinsherabsetzung oder Verzicht auf die Zinshypothek die Verzinslichkeit der späteren Eigentümergrundschuld herabsetzen oder gar aufheben könnten. Die Bestellung einer Hypothek ist daher so anzusehen, daß mit ihr der Eigentümer nicht nur die Chance auf Erwerb einer späteren Eigentümergrundschuld in Höhe der Hauptforderung, sondern zugleich auch auf Beibehaltung des vereinbarten Zinssatzes erhält. Ändern nur Gläubiger und persönlicher Schuldner an der Zinsvereinbarung bzw. Zinshypothek etwas ab, so ist dies nur von Bedeutung in ihrem Verhältnis zueinander und zum Eigentümer. Der Eigentümer aber behält die Befugnis, die Eigentümergrundschuld dereinst zu dem ursprünglich vereinbarten Zinssatz abzutreten.

Es wäre unzutreffend, der hier vertretenen Auffassung vorzuwerfen, diese Befugnis des Eigentümers sei im Grunde nichts anderes als eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen, weshalb die intensive Stellungnahme gegen eine Eigentümergrundschuld auf Zinsen unverständlich sei. Während die h. M. eine betragsmäßig errechenbare und vom Hauptrecht relativ unabhängige und selbständig verwertbare Eigentümergrundschuld auf nicht entstandene Hypothekenzinsen anstrebt, bleibt hier die anhängselartige Natur der Zinshypothek deutlich. Diese Befugnis ist nur im Bezug auf das Hauptrecht denkbar und brauchbar. Sie paßt weder der Substanz (jährlich 6% aus der Kapitalsumme) noch der Rechtsnatur (unselbständige Beifügung zur Kapitalhypothek) nach mit dem Rechtsinstitut der Eigentümergrundschuld nach §§ 1163, 1177 I unter dieselbe Bezeichnung.

Es ergibt sich sonach bei § 1177 I S. 2 der zweite Grundsatz: setzen Gläubiger und vom Eigentümer verschiedener persönlicher Schuldner den Zinssatz herab oder schließen sie die Verzinslichkeit überhaupt aus oder verzichtet der Gläubiger auf die dingliche Sicherung der Zinsen und geschieht dies jeweils ohne Mitwirkung des Eigentümers, so erwirbt dieser trotzdem in sinngemäßer Anwendung von § 1177 I S. 2 beim Erlöschen der Hauptforderung eine verzinsliche Eigentümergrundschuld mit dem Zinssatz, wie er ursprünglich vereinbart bzw. dinglich gesichert war.

II. Ein Letztes noch zu § 1177 I S. 2. Diese Vorschrift spricht nur von den Zinsen, nicht aber von den sonstigen Nebenleistungen. Geht deshalb der Eigentümer solcher vereinbarter Nebenleistungen verlustig, wenn die Hypothek nach §§ 1163 I S. 2, 1177 auf ihn übergeht und braucht er hernach wieder die Zustimmung der nachstehend Berechtigten, wenn er die Eigentümergrundschuld an einen neuen Gläubiger gerade zu den Bedingungen abtreten will, wie sie ursprünglich mit dem ersten Gläubiger vereinbart waren und kraft Eintragung gegolten haben?

Wenn in § 1177 I S. 2 nur die Zinsen genannt sind, so hat dies seinen guten Grund. Nur sie können überhaupt entstehen, solange das Hypothekenrecht nicht zweiseitig ist, sondern ein Recht des Eigentümers in eigener Sache. Und selbst diese Zinsen gebühren dem Eigentümer nach § 1197 II nur, wenn er nicht die Nutzungen des Grundstücks im allgemeinen ziehen kann, weil das Grundstück unter Zwangsverwaltung steht. Andere Nebenleistungen wie Verwaltungskosten, Strafzinsen und Vorfälligkeitsentschädigung sind aber für die Dauer des Rechts als Eigentümergrundschuld gar nicht denkbar. Deshalb war jedenfalls die Zitierung in § 1177 I S. 2 für die Eigentümergrundschuld überflüssig. Der Eigentümer kann solche Nebenleistungen schlechterdings nicht beziehen.

Was aber die Abtretung der Eigentümergrundschuld an einen neuen Gläubiger betrifft, so muß man - auch und gerade wenn man mit der h. M. eine Eigentümergrundschuld auf derartige Nebenleistungen verneint - annehmen, daß der Eigentümer mit diesem neuen Gläubiger ohne Zustimmung der Nachhypothekare genau die Bestimmungen über die Nebenleistungen treffen kann, die im Zeitpunkt des Übergangs der Hypothek auf ihn gegolten haben. Bei den Verwaltungskostenbeiträgen, die durch ihre regelmäßige Wiederkehr den Zinsen sehr ähnlich sind, ist dies eigentlich selbstverständlich. Bei den nur in Ausnahmefällen entstehenden sonstigen Nebenleistungen gilt dies auf alle Fälle dann, wenn diese Nebenleistungen vor dem Übergang der Hypothek auf den Eigentümer gar nicht entstanden sind, weil der Darlehensvertrag vereinbarungsgemäß abgewickelt worden ist. Aber auch wenn Strafzinsen für eine gewisse Zeit entrichtet werden mußten und wenn eine Vorfälligkeitsentschädigung entstanden ist, so bleibt dem Eigentümer diese Nebenleistungsvereinbarung doch für einen neuen Gläubiger erhalten, wenn er diese Nebenleistungen so hat aufbringen können, daß ihm nicht durch Zwangsversteigerung sein ganzes Eigentümerrecht oder seine Anwartschaft hierauf verlorengegangen ist. Denn dann ist diese Nebenleistungsvereinbarung nicht verbraucht in dem Sinne, daß sie nicht noch einmal ausbedungen werden könnte. Die nachstehend Berechtigten sind durch eine solche Beibehaltung von Nebenleistungen nicht erneut beschwert. Diese Beschwer beruht vielmehr insgesamt auf der von Anfang an geltenden und vorrangigen Hypothekenvereinbarung.

6. KAPITEL

VERZICHT UND AUFHEBUNG BEI DER ZINSHYPOTHEK

I. Das Gemeinsame von Verzicht und Aufhebung im Hypothekenrecht ist bezogen auf die Hauptforderung das Ergebnis für den Gläubiger: seiner Forderung fehlt künftig die hypothekarische Sicherung. Der Weg zu dieser "Entsicherung" und das Ergebnis für den Eigentümer aber ist in beiden Fällen verschieden. Deshalb finden sich auch getrennte Vorschriften für den Verzicht auf die Hypothek in § 1168 und für die Aufhebung der Hypothek in § 1183, jeweils in Verbindung mit einer Reihe weiterer sachenrechtlicher oder grundbuchrechtlicher Bestimmungen. Der wesentlichste materiellrechtliche Unterschied ist der, daß beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek diese auf den Eigentümer übergeht und dort zur Eigentümergrundschuld wird. Bei der Aufhebung hingegen erlischt die Hypothek mit der Folge, daß nachstehend Berechtigte aufrücken. Entsprechend diesen verschiedenen Rechtsfolgen von Verzicht und Aufhebung ist auch die Mitwirkungsbedürftigkeit des Eigentümers bei diesen Rechtsgeschäften verschieden. Der Verzicht bedarf keiner Zustimmung des Eigentümers, weil das Grundpfandrecht erhalten bleibt und nur den Träger wechselt. Die Aufhebung der Hypothek erfordert dagegen die Zustimmung des Eigentümers, weil damit seine Anwartschaft auf künftigen Erwerb einer Eigentümergrundschuld vernichtet wird. Damit ist auch der entscheidende Grund für die Unterscheidung zwischen Aufhebung und Verzicht genannt. Nachdem der Gesetzgeber den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer bei Wegfall der Forderung zur gesetzlichen Regel gemacht und damit ganz bestimmte Zwecke verfolgt hat, soll dieser Rechtsübergang nicht ohne Einverstandnis des Eigentümers dadurch vereitelt werden können, daß etwa der Gläubiger kurz vor dem Erlöschen der Forderung die Hypothek aufgibt, weil ihm seine Befriedigung sicher erscheint.

Im Folgenden wird nun zu prüfen sein, ob und inwieweit die für die Kapitalhypothek geltenden Vorschriften auch bei der Zinshypothek anzuwenden sind. Eine getrennte Untersuchung nach der Hypothek für Zinsrückstände i. S. von § 1178 einerseits und nach der Hypothek für künftige Zinsen bietet sich an und erscheint zweckmäßig.

II. DIE ZINSRÜCKSTANDSHYPOTHEK

1. Verzicht:

Für den Verzicht auf eine Zinsrückstandshypothek enthält § 1178 II eine vereinfachende Sonderregelung. Der Verzicht bedarf lediglich der formlosen Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Die nach § 1168 II erforderliche Eintragung des Verzichts erübrigt sich, weniger deshalb, weil das Grundbuch über Rückstände ohnehin keine Auskunft gibt und deshalb auch der Verzicht auf die dingliche Sicherung der nicht eingetragenen Rückstände nicht verlautbart zu werden braucht [197], als vielmehr deshalb, weil bei der Abtretung von Zinsrückständen kein gutgläubiger Erwerb der Zinshypothek nach § 892 möglich ist, sondern nach § 1159 Schuldrecht gilt und somit der Einwand des Verzichts auch dem Zedenten entgegengehalten werden kann (§ 404).

Steht einem Dritten in Gestalt eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts ein Recht auf die Leistung zu, auf deren dingliche Sicherung der Gläubiger verzichten will, so ist dessen Zustimmung erforderlich. Für diese Zustimmung ist in Abweichung von §§ 1168, 876 S. 3 eine Erklärung nur gegenüber dem Begünstigten ausreichend. Eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt genügt nicht, weil eben das Grundbuchamt in die Abwicklung der Hypothek für Rückstände mangels Eintragung von Rückstandsbeträgen gar nicht eingeschaltet wird.

Die Folge der Verzichtserklärung des Gläubigers ist der Übergang der Hypothek für die Rückstände gemäß §§ 1168 I, 1177. Die Eigentümergrundschuld erlischt aber dann sogleich nach § 1178.

2. Aufhebung:

Das BGB von 1900 enthält keine Bestimmung über die Aufhebung einer Hypothek für Nebenleistungsrückstände. Anders noch der Entwurf zum BGB in der 1. Lesung. Dort war noch in § 1091 I vorgesehen, daß die Aufhebung einer Hypothek durch Rechtsgeschäft eines Vertrages zwischen Gläubiger und Eigentümer des belasteten Grundstücks, eines Löschungsantrages des Eigentümers und der Löschung der Hypothek im Grundbuch bedürfe, also nicht durch einseitige Erklärung des Gläubigers (§ 875) und Zustimmung des Eigentümers (§ 1183) möglich sei. In § 1091 IV des Entwurfs zum BGB in der 1. Lesung hieß es sodann, daß zur Aufhebung

197) darauf stellt allein ab: Scherübl in Staudinger, 9 zu § 1178.

der Hypothek für die in § 1090 - heute: § 1178 - bezeichneten Rückstände der nach Absatz 1 erforderliche Vertrag genüge, also Löschungsantrag und Löschung entfalle. Mit eingehender Begründung [198] ist dann die Kommission bei der 2. Lesung dahin gekommen, zur Aufhebung der Hypothek für die Hauptforderung gar keinen Vertrag mehr zu verlangen, sondern den Schutz des Eigentümers in seiner Erwartung einer Eigentümergrundschuld auch dadurch gewährleistet zu sehen, daß zu der Aufgabeerklärung des Gläubigers die Zustimmung des Eigentümers kommen muß.

Diese Änderung von § 1091 I des Entwurfs in 1. Lesung hätte nicht zwingend den Wegfall von Absatz 4 zur Folge haben müssen. Es wäre möglich gewesen, § 1091 IV dahin abzuändern, für die Aufhebung der Zinsrückstandshypothek nur die einseitige Aufgabeerklärung des Gläubigers zu verlangen und die Zustimmung des Eigentümers entfallen zu lassen, weil er ohnehin aus der Zinsrückstandshypothek kein Eigentümerrecht erwerben sollte. Die Materialien zum BGB geben keinen unmittelbaren Aufschluß darüber, warum man diesen Absatz 4 einfach hat wegfallen lassen. Es läßt sich aber eine Erklärung finden. Denn gerade umgekehrt als zur Frage der Aufhebung hat sich der Gesetzgeber im Entwurf, wie er bei der 1. Lesung vorlag, zum Verzicht auf die Zinsrückstandshypothek nicht geäußert, wohl aber in der 2. Lesung, bei der § 1085 II nahezu den gleichen Wortlaut hatte wie heute § 1178 II. Das läßt den Schluß zu, daß der Gesetzgeber die Vorstellung hatte, § 1091 IV der 1. Lesung durch § 1085 II der 2. Lesung zu ersetzen. Das ist insofern richtig, als mit dem Wegfall des Vertragserfordernisses bei der Aufhebung der Verzicht auf die hypothekarische Sicherheit durch einseitige Aufgabeerklärung die naheliegende Rechtsfigur wurde. Denn bei ihm ist ohnehin keine Zustimmung des Eigentümers nach materiellem Recht erforderlich, was auch auf die Aufgabeerklärung in Bezug auf eine Zinsrückstandshypothek zutrifft, weil der Eigentümer keine Eigentümergrundschuld zu erwarten hat (§ 1178 I). Da sich, was die Form betrifft, Verzicht und Aufhebung im wesentlichen durch das Zustimmungserfordernis des Eigentümers bei der Aufhebung unterscheiden, diese Zustimmung aber bei der Zinsrückstandshypothek wegen § 1178 I nicht erforderlich ist, ist in der Tat der Verzicht auf die Rückstandshypothek zugleich die für die Aufhebung der Rückstandshypothek geeignete Rechtsform. Denn - wie bereits ausgeführt - führt auch der Verzicht über §§ 1168 I, 1178 I zum Erlöschen der Hypothek. Ganz unabhängig von der Bezeichnung der Parteien wird man daher auch auf die "Aufhebung" einer Nebenleistungsrückstandshypothek § 1178 II anzuwenden haben. Streng formal gesehen gibt es die einverständliche Aufhebung bei der Rückstandshypothek gar nicht. Ihre Beseitigung ist - abgesehen von einer etwa dahinterstehenden

198) Protokolle III, 615.

schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer - immer ein einseitiger Akt des Gläubigers. Die Unterscheidung von Verzicht und Aufhebung ist daher bei der Nebenleistungsrückstandshypothek gegenstandslos [199].

III. DIE HYPOTHEK FÜR KÜNFTIGE NEBENLEISTUNGEN

Im 4. Kapitel wurde als Ergebnis festgehalten, daß es auf Nebenleistungen keine Eigentümergrundschulden geben kann. Im vorhergehenden Kapitel 5 hat der Verfasser darzustellen versucht, welche Bedeutung der Regelung in § 1177 I S. 2 zukommt und angedeutet, daß ohne Zutun des Eigentümers erfolgte Änderungen bezüglich der Verzinslichkeit oder der Zinshypothek ohne Einfluß auf den Zinssatz der auf den Eigentümer übergehenden Kapitalhypothek sind. Daß diese dem Eigentümer erhalten bleibende Befugnis, die erworbene Eigentümergrundschuld zu dem Zinssatz abzutreten, der der Eintragung der Hypothek ursprünglich zugrundelag, nicht im Widerspruch zu dem im 4. Kapitel gewonnenen Ergebnis steht, wurde auch bereits im vorhergehenden Kapitel 5 erörtert.

Hier ist nun zu prüfen, ob für die künftige Nebenleistungshypothek die zur Rückstandshypothek unter II entwickelten Grundsätze entsprechend gelten oder ob insoweit die für die Hypothek im allgemeinen geltenden Vorschriften der §§ 1168, 1183 anzuwenden sind. Man könnte Zweifel gegen eine Entscheidung nach jeder dieser beiden Richtungen haben. Den Vorschriften der §§ 1168, 1183 liegt so sehr die Vorstellung der in Aussicht stehenden betragsmäßigen Eigentümergrundschuld nach der Kapitalhypothek zugrunde, daß ihre Anwendung auf den Sachverhalt: künftige Nebenleistungen, der einer derartigen Eigentümergrundschuld nicht zugänglich ist, ausgeschlossen erscheint. Auf der anderen Seite aber würde die entsprechende Anwendung von § 1178 II in Verbindung mit § 1178 I dazu führen, daß

199) so auch Wolf, S. 111. Keinen nachhaltigen Unterschied macht es, wenn Wolff-Raiser, § 149 V 1 und Scherübl in Staudinger, 5 s zu § 1183 gleichwohl von einer Aufgabe bzw. Aufhebung der Hypothek sprechen; nach ihnen entfällt eben dann das Zustimmungserfordernis des § 1183 und die Hypothek erlischt sofort, ohne überhaupt auf den Eigentümer überzugehen. Nachdem aber in § 1178 I das Erlöschen der Hypothek ausdrücklich bestimmt ist, erscheint es sachgerechter, die Hypothek auf alle Fälle über § 1178 I in der Person des Eigentümers und nicht schon in der Person des Gläubigers erlöschen zu lassen. Denn diese letztere Art von Erlöschen anerkennt das BGB eben nur in § 1183 und dort nut mit Zustimmung des Eigentümers.

der Eigentümer um die genannte Befugnis gebracht wird, nämlich die Eigentümergrundschuld wieder zu dem Zinssatz abzutreten, den er bei Bewilligung der Hypothek eingeräumt hat.

Es ist bereits mehrfach in dieser Arbeit der Gedanke angeklungen, der Eigentümer solle aus der Tatsache, daß das Grundstück auch für die Zinsen hafte,keine Rechte ableiten können. Dieser Satz bedarf jedoch der Einschränkung dahin, daß der Eigentümer keine über die Tatsache der Verzinslichkeit hinausgehenden selbständigen Rechte aus der Zinshypothek soll beanspruchen können. Er soll also keine selbständig verwertbaren Eigentümergrundschulden aus nicht entstehenden oder vorzeitig gezahlten Nebenleistungen erhalten. Andererseits soll die Tatsache der Verzinslichkeit als solche, wie an Hand von § 1177 I S. 2 bereits ausgeführt wurde, dem Eigentümer durchaus zugutekommen. Wie bedeutsam diese Befugnis ist, ergibt sich daraus, daß eine Erhöhung des Hypothekenzinssatzes über 5% (§ 1119) der Zustimmung der nachstehend Berechtigten bedarf. Will man den Eigentümer in dieser Beziehung gegen einen Verlust schützen, so bleibt nichts anderes übrig, als auf die Rechtsgeschäfte, die die künftigen Zinsen betreffen, die allgemeinen Vorschriften der §§ 1168, 1183 wenigstens sinngemäß anzuwenden und dementsprechend zwischen Aufhebung und Verzicht zu unterscheiden.

1. Verzichtet der Gläubiger einseitig auf die dingliche Sicherung der in gleicher Höhe fortbestehenden Verzinslichkeit, so erwirbt der Eigentümer zwar hieraus keine sofort verwertbare Eigentümergrundschuld, wie dies §§ 1168, 1177 vorsehen. Es bleibt aber in Bezug auf die später von ihm zu erwerbende Kapitalhypothek die Befugnis, diese Eigentümergrundschuld dann mit dem Zinssatz abzutreten, der bis zum Zeitpunkt des Verzichts des Gläubigers dinglich gesichert war. Der Gläubiger kann ihm diese Befugnis nicht eigenmächtig durch seinen Verzicht nehmen. Der Verzicht des Gläubigers bedarf zum Schutz gegen gutgläubigen Erwerb als Teilverzicht über §§ 1168 III, 1145 II und I auch des Vermerks auf dem Brief und der Eintragung im Grundbuch. Denn die künftige Nebenleistungshypothek fällt - mit einer gewissen Einschränkung durch § 1158 - nicht unter § 1159, wo die Anwendung von § 892 auf Zinsrückstände ausgeschlossen ist.

Der Verzicht des Gläubigers kann zur Aufhebung der Zinshypothek überhaupt führen, wenn der Eigentümer einer Aufgabeerklärung des Gläubigers in der Form des § 1183 S. 2 zustimmt und damit zum Ausdruck bringt, daß er die Verzinslichkeit aus dem Grundbuch heraushaben will. Der Zinssatz ist dann zu löschen. Der Eigentümer erwirbt dann aber später eine zinslose Eigentümergrundschuld. Diese Aufhebung dürfte im Falle des gänzlichen Verzichts des Gläubigers auf die Zinshy-

pothek die Ausnahme sein. Denn der Eigentümer vergibt sich durch die Aufhebung u.U. die Chance, die Hypothek nach dem Übergang auf ihn wieder abzutreten, weil er keinen entsprechenden Zinssatz zur Verfügung stellen kann und die nachstehend Berechtigten einer Erhöhung des Zinssatzes über 5% (§ 1119) nicht zustimmen.

2. Wird der Zinssatz für die Zukunft ermäßigt oder die Verzinsung ganz beseitigt, so ist dies zunächst und in erster Linie nur ein schuldrechtliches und kein sachenrechtliches Rechtsgeschäft. Würde die Ermäßigung einen Teil der Hauptforderung betreffen, so würde eine entsprechende Teileigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergehen. Bei einer Ermäßigung des Zinssatzes geht eine betragsmäßige Eigentümergrundschuld nicht über, aber es bleibt der Kapitalhypothek auch der auf den weggefallenen Teil des Zinssatzes entfallende Teil der Zinshypothek dergestalt anhaften, daß der Eigentümer beim späteren Übergang der Kapitalhypothek eine zum ursprünglichen Zinssatz verzinsliche Eigentümergrundschuld erwirbt.

Auch hier bedarf die Herabsetzung des Zinssatzes oder der Ausschluß der Verzinslichkeit der Eintragung im Grundbuch und des Vermerks auf dem Brief. Denn gutgläubiger Erwerb des vollen eingetragenen Zinssatzes ist auch hier möglich. Die Eintragung bzw. der Vermerk haben im Wege der Grundbuchberichtigung nach §§ 894, 896 zu erfolgen. Die Bildung eines Teilhypothekenbriefes auf den weggefallenen Zinssatzteil ist mangels Selbständigkeit des Zinsenbezugs nicht möglich. Die Eintragung hat zum Inhalt, daß die gegenwärtig bestehende Kapitalhypothek nur noch zu einem ermäßigten Zinssatz oder überhaupt nicht mehr verzinslich ist.

Sind persönlicher Schuldner und Eigentümer identisch, so mag hinter der Zinsherabsetzung häufig auch die Absicht stehen, den entsprechenden Teil der Zinshypothek mit aufzuheben. Die Aufhebung bedarf der Aufgabeerklärung des Gläubigers, der Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 S. 2 und der Löschung im Grundbuch. Dabei genügt bei der Zinsherabsetzung die Eintragung des herabgesetzten Zinssatzes in der Veränderungsspalte ohne Löschungsvermerk [200]. Sind aber Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen, so wird die Teilaufhebung schon deshalb die Ausnahme sein, weil der Eigentümer von einer derartigen Ermäßigung des Zinssatzes häufig gar nichts erfährt oder doch in keiner Weise daran beteiligt ist.

200) KG in HRR 1932, 1657; Hoche in Palandt, 4 a zu § 875.

3. Auch Rechtsprechung [201] und Schrifttum [202] wenden auf die Hypothek für die künftigen Nebenleistungen §§ 1168 und 1183 an. Und zwar unter dem Gesichtspunkt einer allerdings nirgends zu Ende gedachten Eigentümergrundschuld auf Zinsen. Dabei wird aber nur der Fall der Zinsherabsetzung ausdrücklich behandelt, nicht der des Verzichts des Gläubigers auf die Zinshypothek bei gleichbleibendem Zinssatz. Dabei hätte gerade dieser zweite Fall unausweichlich Anlaß gegeben, den Gehalt einer Eigentümergrundschuld auf Zinsen näher zu prüfen.

Vielleicht ist es das Unbehagen über die zweifelhafte Substanz einer solchen Eigentümergrundschuld, das in der Literatur zu der Formulierung führt, die Zinsherabsetzung enthalte regelmäßig die teilweise Aufhebung der Hypothek nach §§ 875, 1183, "weil das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts und somit der Hypothek selbst ist (§§ 1145 I, 1158, 1159)" [203]. An anderer Stelle heißt die Begründung für die teilweise Aufhebung: " ..., da das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts und somit selbst Hypothek ist (§§ 1145 I und II, 1158, 1159, 1178)". [204] Der Sinn dieser Begründung ist reichlich dunkel. Es soll damit möglicherweise die Unselbständigkeit und Akzessorietät der Zinshypothek im Verhältnis zur Haupthypothek ausgedrückt werden. Damit aber schließen diese Kommentatoren schon mit der bloßen Behauptung, die Zinsherabsetzung enthalte regelmäßig eine teilweise Aufhebung der Hypothek, die nach ihrer Ansicht gerade mögliche Eigentümergrundschuld auf Zinsen auf einem wesentlichen Sektor aus. Sie nehmen damit ihrer These das praktische Experimentierfeld und machen sie so unglaubwürdig. Wie soll es dann bei einer gänzlichen Aufhebung der Verzinsung sein? Was soll geschehen, wenn der Eigentümer seine Zustimmung nach § 1183 nicht gibt? Wann gilt statt der Regel die Ausnahme, nämlich der Übergang einer Eigentümergrundschuld auf künftige Zinsen?

Im übrigen vermengt diese Begründung für die teilweise Aufhebung in unzulässiger Weise das schuldrechtliche Rechtsgeschäft der Zinsänderung mit einem sachenrechtlichen Aufhebungsgeschäft, das den Beteiligten förmlich aufgezwungen bzw. unterstellt wird. Dabei sollte es doch möglich sein, genauso wie beim Erlöschen eines sonstigen Teils der Hauptforderung nach der gesetzlichen und nicht der den Beteiligten unterschobenen Folge dieses schuldrechtlichen Vorgangs: Zinsherab-

---

201) RGZ 72, 362 (365).

202) Schuster in RGRK, 11 zu § 1178; Hoche in Palandt, 5 zu § 1178.

203) Scherübl in Staudinger, 5 zu § 1119.

204) Schuster in RGRK, 4 zu § 1119; ähnlich Hoche in Palandt, 5 zu § 1178 mit der Bemerkung, für den Verzicht gelte § 1168, es werde aber regelmäßig Aufhebung (§§ 875, 1183) gewollt sein.

setzung zu fragen. Und da müßte nach den sonstigen Ausführungen der h. M. zur Eigentümergrundschuld auf Zinsen der Übergang einer Eigentümergrundschuld und nicht die Aufhebung die gesetzliche Folge sein.

Dieses Ausweichen in eine Aufhebung der Hypothek ist die letzte Konsequenz einer falsch verstandenen Anwendung des Eigentümergrundschuldgedankens auf die Zinshypothek.

7. KAPITEL

Ist ein Übergang der Zins- und Nebenleistungshypothek auf den vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner gemäß § 1164 trotz § 1178 und trotz der Ausführungen im 4. Kapitel möglich? Der sog. Wettlauf von Schuldner und Eigentümer im Hypothekenrecht. Das Verhältnis von § 1164 zu § 1143 im Zusammenhang mit § 1178.

I. § 1164 ist bedeutungslos, wenn Schuldner der Forderung und Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Person ist. Ebensowenig wird § 1164 akut, wenn zwar Personenmehrheit vorliegt, der Schuldner aber, wenn er den Gläubiger befriedigt, keinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hat, vielmehr umgekehrt der Eigentümer einen Ersatzanspruch gehabt hätte, wenn er den Gläubiger zur Abwendung der Zwangsvollstreckung befriedigt hätte. Der einfache Hauptanwendungsfall von § 1164 ist der, daß der ursprüngliche Schuldner = Eigentümer des Grundstücks unter Weitergabe der Hypothek mit Anrechnung auf den Kaufpreis an einen Dritten veräußert und der Gläubiger hernach die Schuldübernahme nicht genehmigt. Der persönliche Schuldner bleibt persönlich und der Erwerber wird hypothekarisch Verpflichteter. Da die Hypothek auf den Kaufpreis angerechnet wurde, hat der persönliche Schuldner gegen den Erwerber einen Anspruch auf Schuldbefreiung gemäß §§ 329, 415 III, der sich in einen konkreten Zahlungsanspruch verwandelt, wenn der persönliche Schuldner in Anspruch genommen wird und leistet. Um einiges komplizierter wird der Fall, wenn der erwerbende Dritte dann das Grundstück wieder weiterverkauft an einen Vierten, der ebenfalls unter Fortbestand der Hypothek eingetragen wird, ohne jedoch die Verpflichtung des Dritten gegenüber dem persönlichen Schuldner aus der nicht genehmigten Schuldübernahme mit zu übernehmen.

II. Im Normalfall stellt sich die Frage, ob dem Schuldner für seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer auch eine Hypothek zur Seite steht, dann nicht, wenn der Schuldner die Kapitalforderung getilgt hat. Denn für diesen Fall bestimmt § 1164 gerade den Hypothekenübergang. Wie ist es aber, wenn der Schuldner rückständige Nebenleistungen i. S. von § 1178 tilgt? Wenn von rückständigen Nebenleistungen i. S. von § 1178 die Rede ist, liegt es nahe, bei ihrem Erlöschen - und das ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 1164 - auch ein Erlöschen der Hypothek anzunehmen, die die Rückstände gesichert hat.

1. In diesem Sinn war auch die früher h. M. [205] der Ansicht, daß § 1164 keine Anwendung auf Rückstände von Nebenleistungen finden könne. Die Begründung hierfür ist allerdings einigermaßen oberflächlich gewesen und bezog sich im wesentlichen darauf, daß § 1164 nur von der Hypothek, nicht aber von Zinsraten und Zinsrückständen spreche, die, wie sich aus §§ 1178, 1145, 1158 1159 ergebe, ganz anders behandelt würden. Außerdem wurde auf den Zusammenhang zwischen § 1163 als Regel und § 1164 als Ausnahme hingewiesen, woraus zu schließen ist, daß § 1164 nur in den Fällen anwendbar sei, in denen auch eine Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 entstehen könne, was aber bei Rückständen von Nebenleistungen nach § 1178 nicht der Fall sei.

2. Demgegenüber wies das KG [206] darauf hin, daß der Tatbestand des § 1178 sich auf die Vereinigung der Hypothek für Zinsrückstände mit dem Eigentum in einer Person beschränke und nur dem vorbeugen wolle, daß sich nicht zwischen die einzelnen Grundstücksrechte Eigentümergrundschulden aus getilgten Zinsrückständen einschieben. Dieser Fall liege aber gar nicht vor, wenn es darum gehe, ob die Hypothek auf den ersatzberechtigten persönlichen Schuldner übergehen könne. Der innere Grund für § 1164, nämlich dem Schuldner für seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer eine dingliche Sicherung zu geben, treffe bei Leistungen des Schuldners auf das Kapital oder auf die rückständigen Zinsen gleichermaßen zu. Die entsprechende Anwendung von § 1178 scheide daher im Zusammenhang mit § 1164 aus. Dieser Ansicht ist dann das RG in der bekannten und auch aus einem anderen Grunde interessanten Entscheidung vom 3. 2. 1934 [207] gefolgt, deren Sachverhalt die oben angedeutete Komplizierung des Normalfalles enthält. Das RG hat keine grundlegend neuen Gedanken zu dieser Frage beigesteuert, aber doch entschieden betont, daß § 1164 bezüglich der Zinsrückstände eine Ausnahme von §§ 1163, 1178 enthalte, weil nach § 1164 die Hypothek weiterhin eine Fremdhypothek sei und deshalb die für § 1178 erforderliche Vereinigung gar nicht stattfinde. Der Gesetzeszweck von § 1178 sei bei dieser Lösung also gar nicht tangiert, vielmehr würde der Zweck des Schuldnerschutzes in § 1164 ohne Grund teilweise vereitelt, wenn zwischen Zahlungen auf das Kapital und Zahlungen auf Zinsrückstände unterschieden würde. Seit dieser höchstrichterlichen Entscheidung zu die-

205) OLG Königsberg in Seufferts Archiv 64, 150 = Nr. 71 und im Anschluß daran das damalige sachen- und grundbuchrechtliche Schrifttum.

206) KG in OLG 31, 127; ihm ist noch vor der nachstehend genannten RG-Entscheidung Kirchner in JR 1933, 276 gefolgt.

207) RGZ 143, 278 (284 ff).

ser Frage ist auch das Schrifttum ganz auf diese Linie eingeschwenkt [208].

Dieser Übergang der Hypothek auf den Schuldner kann aber nicht zu einer Erweiterung der Haftung des Grundstücks führen. Obwohl nirgends zu dieser Frage Ausführungen gemacht sind, wird man annehmen müssen, daß auch der Ersatzanspruch nur im Rahmen der für Zinsen geltenden Verjährungsvorschriften (§§ 197, 223 III, 224) dinglich gesichert ist.

III. In Rechtsprechung und Schrifttum laut geworden im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit von § 1164 auf Nebenleistungen ist nur der Fall der Zahlung rückständiger Nebenleistungen. Nirgends ist erörtert, wie es sich verhält, wenn der persönliche Schuldner vorzeitig Nebenleistungen tilgt, aus irgendeinem Grund erlassen bekommt oder durch Aufrechnung zum Erlöschen bringt. Wie verhält es sich da mit § 1164? Der Übergang der Hypothek nach § 1164 setzt notwendig voraus, daß vor dem Übergang, also vor Zahlung durch den Schuldner, bereits eine Hypothek vorhanden war. Das aber ist nach dem in dem Kapitel über die Eigentümergrundschuld auf Zinsen gewonnenen Ergebnis nicht ohne weiteres anzunehmen.

1. Bei einer entsprechenden Anwendung von § 1178 auf die Zahlung künftiger Nebenleistungen ergeben sich allerdings keine Schwierigkeiten. Denn nach dieser Lösung besteht auch für die künftigen Nebenleistungen von vornherein eine unbedingte Hypothek, die nur im Falle des Übergangs auf den Eigentümer entsprechend § 1178 erlischt. Hat der leistende Schuldner einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer, so geht eben die Hypothek für die künftigen Nebenleistungen auf ihn über. Ob allerdings dieser Ersatzanspruch und die übergegangene Hypothek sofort fällig sind, ist eine andere Frage.

2. Wählt man dagegen den Weg über die bedingte Hypothek für die künftige Nebenleistung, so hat im Zeitpunkt der vorzeitigen Zahlung durch den Schuldner noch gar keine Hypothek bestanden, die nun kraft § 1164 auf ihn übergehen könnte.

---

208) Hoche in Palandt, 2 b zu § 1164; Planck-Strecker, 7 zu § 1164; Baur in Soergel-Siebert, 2 zu § 1178; Wolff-Raiser, Fußnote 10 zu § 149. Scherübl in Staudinger, 2 zu § 1178; Schuster in RGRK, 10 zu § 1178; Kemper, S. 39.

Man könnte sich nun durchaus auf den Standpunkt stellen, daß es sich der Schuldner selbst zuzuschreiben habe, wenn er vor Eintritt der Fälligkeit Leistungen erbringt, zu denen er rechtlich noch nicht verpflichtet ist. Danach würde der Schuldner lediglich einen - vielleicht noch gar nicht fälligen - Ersatzanspruch gegen den Eigentümer haben, eine Hypothek wäre nicht übergegangen und würde auch nicht mehr entstehen. Dieser Fall dürfte in der Praxis kaum sehr häufig vorkommen. Am ehesten noch so, daß kurz vor Fälligkeit gezahlt wird. Denn wer wird schon künftige Nebenleistungen in einem Zeitpunkt erbringen, in dem er vom Eigentümer noch nicht Ersatz verlangen kann, ja möglicherweise der Eigentümer dem Schuldner bei der späteren Geltendmachung des Ersatzanspruchs entgegenhalten kann, daß alles anders gekommen wäre, wenn der Schuldner nicht so voreilig gezahlt hätte?

Andererseits mag es durchaus vernünftige und triftige Gründe im Einzelfall dafür geben, daß ein Schuldner vorzeitig bezahlt, wenn er etwa dadurch irgendeinen Vorteil in Gestalt eines Zinsnachlasses oder einer Verbesserung der Schuldbedingungen erhält. Hier würde man dem Schuldner Unrecht tun, würde man ihn für diese ihm günstige und den Eigentümer nicht belastende Handlung damit bestrafen, daß er für seine Ersatzforderung keine dingliche Sicherung bekommt. Auch würde der Übergang der Hypothek in den Fällen, in denen der Schuldner um den Fälligkeitstermin herum leistet, von dem Zufall abhängen, ob die Leistung kurz vor oder nach Fälligkeit schuldbefreiend wirkt. Es wird daher folgendes anzunehmen sein: regelmäßig wird der Ersatzanspruch, den der Schuldner gegen den Eigentümer hat, noch nicht fällig sein, wenn der Schuldner vorzeitig gezahlt hat. Er wird erst fällig werden, wenn die vorzeitig gezahlten Nebenleistungen ohnehin fällig geworden wären. Dementsprechend geht auf den Schuldner eine bedingte Hypothek über - so wie sie auch für den Gläubiger bedingt bestanden hat -, nunmehr aber bedingt durch den Eintritt der Fälligkeit der Ersatzforderung. Zahlt dann der Eigentümer bei Fälligkeit des Ersatzanspruchs nicht, so entsteht eine unbedingte Hypothek für den Ersatzanspruch. Rechtsdogmatische Bedenken dagegen, eine bedingte Hypothek übergehen zu lassen, bestehen nicht, umso weniger dann, wenn der bedingten Hypothek in Gestalt eines bedingten oder betagten Ersatzanspruchs wiederum eine noch nicht fällige Forderung unterlegt wird.

IV. Der umgekehrte Fall ist der, daß der Eigentümer gemäß § 1142 die persönliche Schuld ablöst und - weil er nicht der persönliche Schuldner ist - die Forderung gemäß § 1143 I auf ihn übergeht.

1. Betraf die Leistung des Eigentümers die Kapitalschuld, so geht die Hypothek hierfür gemäß § 1153 I auf den Eigentümer über, so daß eine forderungsbekleidete Eigentümerhypothek entsteht, aus der der Eigentümer etwa im Falle der Zwangsversteigerung für die übergegangene Forderung befriedigt wird. Hat der Eigentümer dagegen rückständige Zinsen beglichen, so ist es allgemeine Meinung [209], daß § 1178 I anzuwenden ist und die Hypothek infolge der Vereinigung von Eigentum und Hypothek in einer Person erlischt. Dem Eigentümer verbleibt dann lediglich die schuldrechtliche Forderung ohne dingliche Sicherung.

Dieses Ergebnis ist formal nicht zu beanstanden und auf den ersten Blick auch so einleuchtend, daß es keine Gegenstimmen hierzu gibt. Es soll hier aber wenigstens vermerkt werden, daß dieses Ergebnis fast zu formal ist und vom Zweck des § 1178 gar nicht verlangt wird. § 1178 will Eigentümergrundschulden auf Zinsen vermeiden, beim Übergang der Forderung samt Hypothek auf den Eigentümer bleibt aber eine Hypothek bestehen. So ließe sich auch vertreten, aus § 1177 I S. 1 den Nebensatz " ... , ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht" in § 1178 hineinzuinterpretieren, so daß das Erlöschen der Hypothek nur dann die Folge des Übergangs ist, wenn nicht auch die Forderung übergeht. Gleichwohl gehen die folgenden Erörterungen von der einhelligen Meinung aus.

2. Der Eigentümer als solcher ist nicht Schuldner der Forderung, sondern lediglich zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet. Wenn ihm das Gesetz in § 1142 trotzdem ein Ablösungsrecht gibt, so deshalb, damit er die Zwangsvollstreckung abwenden kann. Da der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aber naturgemäß erst betreiben kann, wenn seine Forderung fällig ist - von einem Vollstreckungstitel gegen den Eigentümer einmal ganz abgesehen -, ist das Ablösungsrecht des Eigentümers auch entsprechend eingegrenzt. Der Eigentümer kann nach § 1142 nur dann den Gläubiger befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Es sieht sonach nicht so aus, als ob der Eigentümer wahllos nach seinem Gutdünken künftige Nebenleistungen vorzeitig entrichten könnte. Dies umso weniger, als die 2. Alternative von § 1142 I, die auf § 271 II zurückgeht, im Hypothekenrecht regelmäßig nicht anzuwenden ist, weil die Hingabe des Geldes gegen eine Hypothek gerade auch der Dauer der Kapitalanlage wegen erfolgt ist [210]. Doch

209) RGZ 55, 162; 143, 278 (282); Scherübl in Staudinger, 3 b zu § 1143; Schuster in RGRK, 9 zu § 1143.

210) KG in JW 1935, 1641; Hoche in Palandt, 2 b zu § 1142; Scherübl in Staudinger, 1 c zu § 1142; Baur in Soergel-Siebert, 1 zu § 1142.

gerade bei Nebenleistungen wird man diese 2. Alternative bejahen und es zulassen können, daß der Schuldner vorzeitig zahlt und der Eigentümer dementsprechend auch. Denn das steht dem Zweck der Kapitalhingabe nicht entgegen.

So taucht auch hier die Frage auf, welche Bedeutung es für die Hypothek auf Zinsen hat, wenn der Eigentümer die Zinsen vorzeitig gemäß §§ 1142/43 ablöst. Die Zinsforderung geht auf ihn über, wohl als betagte Forderung. Nach der h. M. muß entsprechend der zur Frage der Eigentümergrundschuld auf Zinsen vertretenen Ansicht auch hier eine Eigentümerhypothek gemäß § 1153 I auf den Eigentümer übergehen und bestehen bleiben. Wie lange? Nirgends ist an diese Frage gedacht. Es würde auch zu weit führen, wollte man hier die denkbaren Unmöglichkeiten und Konstruktionen (mit Kelling: Erlöschen pro rata Fälligkeitszeitpunkt; mit Staudinger: Erlöschen mit Hypothek für Hauptforderung) durchgehen. Schon ein kurzer Hinweis mag davon überzeugen, daß die so übergegangene Eigentümerhypothek nicht von Dauer sein kann; es wäre ein ungereimtes und durch nichts zu begründendes Ergebnis, wollte man dem Eigentümer, der die Zinsen erst ablöst, wenn sie fällig bzw. rückständig geworden sind, entsprechend § 1178 I eine Eigentümerhypothek versagen, sie aber andererseits dem Eigentümer geben, der jeweils kurz vor Fälligkeit die nächste Zinsrate ablöst. Ein klares Ergebnis ist nur auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung, daß Eigentümergrundschulden auf Zinsen nicht denkbar sind, zu erreichen, indem man Entsprechendes auch für die Eigentümerhypothek auf Zinsen gemäß § 1153 I annimmt und die Hypothek für die zukünftigen Zinsen entweder im Falle des Übergangs nach § 1153 I entsprechend § 1178 erlöschen oder aber infolge ihrer Bedingtheit gleich gar nicht entstehen läßt. Nur so kann man erreichen, daß entsprechend § 1178 jedes Eigentümerrecht auf Zinsen und andere Nebenleistungen ausgeschlossen ist.

V. In der Komplizierung des Ausgangsfalles, wie sie der Entscheidung RGZ 143, 278 zugrundeliegt, treffen nun infolge des Umstands, daß persönlicher Schuldner und Eigentümer im Falle ihrer Inanspruchnahme gegen ein und dieselbe Person Ersatzansprüche haben, die unter II und IV genannten Fallgestaltungen in eigenartiger Weise zusammen.

Diese kombinierte Fallgestaltung tritt - um dies noch einmal zu wiederholen - ein, wenn der persönliche Schuldner S - Eigentümer das belastete Grundstück an D verkauft, wobei die Hypothek unter Anrechnung auf den Kaufpreis bestehen bleibt, und dieser D das Grundstück unter Fortbestand der Hypothek weiterverkauft an E, von dem er aber den gesamten Kaufpreis bekommt und gegenüber dem er sich dafür verpflichtet, die Ansprüche aus der Hypothek zu begleichen. Nun haben

S und E Ansprüche auf Schuld- bzw. Hypothekbefreiung gegen D. Sie sind aber ihrerseits dem Gläubiger aus der Schuld bzw. aus der Hypothek verpflichtet. Der Gläubiger hält sich an S oder E und wird von einem der beiden befriedigt. Der dann in einen Zahlungsanspruch übergegangene Befreiungsanspruch gegen D ist aber nicht realisierbar, weil dieser in Konkurs geraten ist. Also müssen es E und S untereinander ausmachen, wer die definitive Leistungslast trägt.

Heck [211] hat diesen Sachverhalt wohl zum ersten Mal erkannt und aufgegriffen und das Stichwort: Zahlungswettlauf geprägt. Zahlt der Eigentümer E zuerst, so erwirbt er gemäß §§ 1143, 1153 I Forderung und Hypothek gegen den Schuldner S. S bleibt daher letztlich "hängen". Befriedigt dagegen der S den Gläubiger, so geht für seinen Ersatzanspruch gegen den D als Rechtsvorgänger des E gemäß § 1164 die Hypothek auf ihn über und E ist der letztlich Verpflichtete. Deshalb: Zahlungswettlauf zwischen Eigentümer und Schuldner.

Eine genauere Betrachtung der einzelnen Fälle ergibt aber ein anderes Bild. Dabei ist es zweckmäßig, zwischen der Zahlung auf die Kapitalforderung und der Zahlung auf rückständige Zinsen zu unterscheiden [212]:

1. Zahlung auf Kapitalschuld:

Bei der Zahlung von E oder S auf die Kapitalforderung ist allerdings mit Heck zunächst festzustellen, daß gesetzestechnisch § 1143 einerseits und § 1164 andererseits anwendbar sind und der Zahlende Forderung bzw. Ersatzanspruch und Hypothek gegen den anderen erwirbt. Die Frage ist nur, ob damit auch die definitive Leistungslast bereits zugeteilt ist und feststeht. Diese Frage ist zu verneinen im Falle der Zahlung durch den Eigentümer.

a) Zahlt der Schuldner, so geht die Forderung unter, an ihre Stelle tritt der Ersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger D, dieser unterstützt durch die Hypothek gemäß § 1164. Befriedigt nun der Eigentümer diesen Ersatzanspruch oder wird er aus der Hypothek in Anspruch genommen, so ist keine Forderung mehr ersichtlich, die nun wieder ihm gegen den Schuldner zu-

---

211) § 93, 8 a.

212) Diese Unterscheidung macht das RG in RGZ 143, 278 ff (287 ff) nicht, so daß es nur zu einer wenig differenzierenden und eine entscheidende Frage übersehenden Einheitslösung gelangt und für die Zahlung auf die Zinsen ohne nähere Begründung dasselbe wie für die Hauptforderung gelten läßt.

stehen könnte. Die Hauptforderung ist erloschen, und der Ersatzanspruch, den E gegen D hat, wird nicht wie in § 1164 der Ersatzanspruch des S gegen D auch umgekehrt gegen S erstreckt. E ist also Letztverpflichteter.

b) Zahlt nun nicht S, sondern E, so gilt für ihn "eigentlich" § 1143. Er erwirbt Forderung und Hypothek und tritt damit in die Gläubigerposition des ursprünglichen Gläubigers ein. Macht er nun diesen Anspruch gegen S geltend und zahlt dieser, so erlischt hier zwar auch die Forderung, aber an ihre Stelle tritt nun wieder der Ersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger D, zu dessen Sicherung dem S auch die Hypothek gemäß § 1164 erhalten bleibt. Wiederum ist E Letztverpflichteter, d.h. er muß die Zwangsvollstreckung dulden, wenn er den Ersatzanspruch des S gegen D nicht ablösen will. Um dieses Hin und Her zwischen E und S zu vermeiden, gibt die ganze h.M. [213] im Anschluß an RGZ 143, 278 (287) dem S sofort gegen die nach § 1143 auf E übergegangene Forderung eine rechtsvernichtende Einwendung aus § 1164. Im Grund handelt es sich hier um nichts anderes als den Einwand des "dolo facit qui petit quod statim redditurus est".

Dieses allein aus der Gesetzessystematik gewonnene Ergebnis erscheint auch sachgerecht und entspricht der Risikoverteilung zwischen Schuldner und Eigentümer. Es liegt dem allem die wirtschaftliche Erwägung zugrunde, daß dem Eigentümer, der gegenständlich beschränkt haftet und die Nutzung des Grundstücks hat, die Leistungslast eher zuzumuten ist als dem persönlichen Schuldner. Der Schuldner,

---

213) Hoche in Palandt, 2 zu § 1143; Scherübl in Staudinger, 2 t zu § 1143; Schuster in RGRK, 12 zu § 1143; Baur in Soergel-Siebert, 9 zu § 1143; Kemper, S. 54.
Nicht gangbar ist hier der in den einfachen Fällen der Übernahme einer Hypothek unter Anrechnung auf den Kaufpreis mit fehlender Genehmigung der Schuldübernahme eingeschlagene Weg. In diesen Fällen, die sich nur im Dreieck zwischen Gläubiger - persönlicher Schuldner - Eigentümer abspielen, nimmt man zu Recht an, daß der Eigentümer, wenn er zahlt, regelmäßig nicht als Eigentümer, sondern für den persönlichen Schuldner leistet, weil er diesem gegenüber ja zur Schuldbefreiung gemäß § 415 III verpflichtet ist. Die Forderung geht dann gar nicht über, sondern erlischt, und der Eigentümer erwirbt eine Eigentümergrundschuld. Hier aber ist eine weitere Eigentumsübertragung ohne Weitergabe der Verpflichtung zur Schuldbefreiung erfolgt. Der letzte Eigentümer ist also dem persönlichen Schuldner nicht verpflichtet und zahlt somit wie normalerweise jeder Eigentümer im Grundverhältnis Gläubiger - Schuldner - Eigentümer auf die Hypothek und nicht auf die persönliche Schuld.

der wegen der Anrechnung der Hypothek auf den Kaufpreis schon bei der Veräußerung entsprechend weniger vom Erwerber D erhalten hat, soll nicht fürchten müssen, noch nach Jahren und mehrfacher Veräußerung nochmals in Anspruch genommen zu werden. Deshalb auch die Erweiterung "oder einen Rechtsvorgänger" in § 1164. Zudem ist es die eigene Schuld des E, wenn er im obigen Fall den gesamten Kaufpreis an D leistet, obwohl die Hypothek noch auf dem erworbenen Grundstück lastet. Auch er hätte sich die Hypothek auf den Kaufpreis anrechnen lassen können oder aber das Grundstück erst nach Löschung der Hypothek erwerben sollen. Das "Näherprinzip" kommt hier ebenso zum Ausdruck wie in den Fällen, in denen eine Forderung mehrfach gesichert ist.

Bei Zahlungen auf die Hauptforderung tritt also der von Heck so genannte und behauptete Zahlungswettlauf gar nicht auf, weil - ganz gleich, wer den Gläubiger befriedigt - der Eigentümer doch letztlich die Leistungslast trägt.

2. Wie verhält es sich bei Zahlungen auf Zinsrückstände?

a) Zahlt hier der persönliche Schuldner, so ändert sich nichts an der oben 1. a) gefundenen Lösung. Denn nach der h. M. ist § 1164 auch auf die Zahlung rückständiger Zinsen anzuwenden. Also wird E Letztverpflichteter.

b) Zahlt dagegen der Eigentümer, so kommt man nach der allgemeinen Meinung um § 1178 I nicht herum, so daß die Hypothek in der Person des E erlischt. Die Forderung geht aber gemäß § 1143 auf ihn über und gibt ihm die Gläubigerstellung. Macht er diese gegen S geltend und zahlt dieser, so entsteht daraus zwar für S der Ersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger D, eine Hypothek am Grundstück des E besteht aber nicht mehr und kann auch nicht mehr neu entstehen. Ein schuldrechtliches Band zwischen S und E besteht ebenfalls nicht. Da von D nichts zu holen ist, geht - gesetzestechnisch gesehen - der Schuldner leer aus, er trägt also letztlich die Leistungslast.

Dies sieht nun in der Tat nach einem echten Zahlungswettlauf aus, denn allein nach der Technik der gesetzlichen Regelung bleibt der "Sieger", der zuerst den Gläubiger befriedigt. Es ist offensichtlich, daß das Sprichwort "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst" in diesem Zusammenhang nicht gelten kann, weil es nicht sachbezogene Gesichtspunkte, sondern den Zufall entscheiden läßt. Im Gegensatz zur Situation bei der Zahlung auf die Hauptforderung kann sich hier der Schuldner

nicht unmittelbar auf § 1164 und den daraus abgeleiteten Arglisteinwand berufen. Beachtet man aber die Zielsetzung des § 1164: Schuldnerschutz, so kann es kaum Zweifel geben, daß der Schuldner bei der Zahlung von Zinsen den gleichen Schutz genießen muß wie bei der Zahlung von Kapitalteilen. Ja, eher noch mehr, denn für die Zinsen sind die Nutzungen aus dem Grundstück, die der Eigentümer zieht, noch eher ein Äquivalent als für die Hauptforderung.

Es liegt nun nahe, die Schuldnerschutzbestimmung des § 1165 als Einwendung gegen § 1143 anzubringen. Das begegnet aber erheblichen Bedenken, weil diese Vorschrift den Schuldner nur vor ihn benachteiligenden Verfügungen des Gläubigers schützen will. Nun bringt der Eigentümer zwar die Hypothek indirekt durch eine Verfügung, nämlich die Zahlung an den Gläubiger, zum Erlöschen und wird dadurch selbst Gläubiger. Aber man wird ihm daraus kaum einen Vorwurf machen können, weil er kraft seines Ablösungsrechts (§ 1142) zur Zahlung durchaus berechtigt und gerade auch im Verhältnis zum persönlichen Schuldner verpflichtet ist. Er soll ja die Leistungslast endgültig tragen. Es wird kaum Fälle geben, in denen man dem Eigentümer nachweisen kann, daß er wider Treu und Glauben geleistet hat, nur um die Rückstandshypothek zum Erlöschen zu bringen und die Forderung auf sich übergehen zu lassen.

So bleibt nichts anderes, als dem in § 1164 zum Ausdruck gekommenen Schuldnerschutzgedanken, der im Falle der Zahlung auf die Kapitalforderung mit dieser Vorschrift voll erfüllt wird, im Falle der Zahlung auf rückständige Zinsen aber vom Gesetzgeber nicht bis zuletzt durchdacht wurde, als ausreichenden Rechtsgrund für die Einwendung des Schuldners gegen die Forderung des Eigentümers aus § 1143 anzusehen [214]. Da der Schuldner in beiden Fällen gleichermaßen schutzbedürftig ist, steht dieser Gleichsetzung nichts im Wege. Sie ist auch das einzige Mittel, um den törichten und unsinnigen Zahlungswettlauf bei rückständigen Zinsraten zu vermeiden.

214) Kemper, S. 50, 54.

8. KAPITEL

BESONDERHEITEN BEI EINZELNEN TYPEN VON HYPOTHEKEN

I. DIE TILGUNGSHYPOTHEK:

Bei Tilgungshypotheken, die gewöhnlich von öffentlichen Kreditinstituten und Bausparkassen gegeben werden, wird üblicherweise ein jährlicher Verwaltungskostenbeitrag vereinbart und als Nebenleistung ins Grundbuch eingetragen. Da der Umfang der Verwaltungsarbeit nicht unbedingt in einem Entsprechungsverhältnis zur Höhe der Darlehensforderung stehen muß, wird dieser Verwaltungskostenbeitrag häufig nicht aus der jeweiligen, durch die regelmäßige Tilgung immer weiter sich vermindernde Darlehenssumme, sondern aus dem ursprünglichen Darlehensbetrag ausbedungen. Auch bei anderen Nebenleistungen wie Säumniszuschlägen werden solche Vereinbarungen getroffen. Für die Grundbuchämter stellt sich deshalb die Frage, ob und wie dies bei der Eintragung einer solchen Tilgungshypothek zu berücksichtigen ist, ob es insbesondere eines ausdrücklichen Vermerks im Grundbuch bedarf, daß die Nebenleistung nicht aus dem jeweiligen, sondern aus dem ursprünglichen Darlehensbetrag zu erbringen ist [215]. Daß eine solche Anknüpfung

---

215) Eine weitere Frage soll hier nur angedeutet werden: in Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage streitig, ob und wie sich die gleichbleibende Jahresleistung des Schuldners bei der Tilgungshypothek auf die Verzinslichkeit der stückweise erworbenen Teileigentümergrundschuld auswirkt. Zum Teil wird zum Schutz des Eigentümers und Schuldners vor immer höheren Leistungspflichten (gleichbleibende Zahlung aus Tilgungshypothek plus Zinsen aus Eigentümergrundschuld) angenommen, die Zinspflicht ruhe bis zur restlosen Tilgung der Hypothekenforderung über § 1197 II hinaus jedermann gegenüber (KG in DR 1944, 39; Wolff-Raiser, § 150 III 1 und Fußnote 13 m.w. Nachweisen). Zum Teil hält man die Verzinslichkeit der auf den Eigentümer übergegangenen Eigentümergrundschuld für dauernd, also auch über die vollständige Tilgung der Hypothekenforderung hinaus, ausgeschlossen. Das dingliche Zinsrecht wird als durch die Tilgung der Forderung auflösend bedingt konstruiert Scherübl in Staudinger, Vorbem. 31 zu § 1113, Kaps in DR 1941, 409). Planck-Strecker, 3 a zu § 1177 will dagegen auch auf die Eigentümergrundschuld den für die Tilgungshypothek maßgebenden Zinssatz angewendet wissen. So auch Jochemczyk in DNotZ 1966, 276 mit eingehender Begründung und in Auseinandersetzung mit allen vertretenen Meinungen.

an den ursprünglichen Darlehensbetrag bei den anderen Nebenleistungen i. S. von § 1115 im Gegensatz zu den Zinsen zulässig ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von § 1115 sowie aus der Natur der Sache. Zinsen der Hauptforderung können nur aus dem Betrag entstehen, zu dem die Hypothek valutiert ist. Das ist ein Wesensmerkmal der Zinsen. Dagegen können die Nebenleistungen in einem Geldbetrag angegeben werden, der unabhängig von der Höhe der Hauptforderung ist und immer gleichbleiben kann bis zum Erlöschen der Hauptforderung. Lediglich die zur Regel gewordene Angabe der anderen Nebenleistungen auch in Prozenten der Hauptforderung läßt unwillkürlich an die Zinsen denken und zunächst vielleicht meinen, auch derartige Nebenleistungen könnten nur aus der jeweiligen Hauptforderung errechnet werden.

Einige Oberlandesgerichte [216] haben sich in jüngster Zeit auf den Standpunkt gestellt, in einem derartigen Fall reiche es nicht aus, im Grundbuch lediglich den Prozentsatz der Nebenleistung anzugeben, im übrigen aber, also insbesondere zur Darlegung, daß die Nebenleistungen aus dem ursprünglichen Kapitalbetrag zu erbringen sind, auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. Begründet wird dies im wesentlichen damit, daß sich bei Angabe von Nebenleistungen in Prozenten die Beifügung der Bezugszahl nur bei den Zinsen erübrige, weil diese ohnehin nur aus der jeweiligen Hauptforderung zu entrichten seien, während im übrigen zur Kennzeichnung des Umfangs der Nebenleistung die Bezugseinheit angegeben werden müsse, weil sonst der Eintragungs- und Bestimmtheitsgrundsatz verletzt sei. Der Höchstbetrag der möglichen Belastung sei nicht allein durch die Prozentangabe so umrissen, daß er im konkreten Fall dem Grundbuch entnommen werden könnte. Denn es gebe ohne Zweifel zwei Bezugseinheiten, aus denen die Nebenleistungen zu erbringen sein können: der ursprüngliche Darlehensbetrag und die jeweils im Nebenleistungszeitraum tatsächlich geschuldete Summe. Keine habe die Vermutung in einem Maße für sich, das für jeden an dem Stand der Grundstücksbelastung Interessierten jeglichen Zweifel ausschließt. Solange also die Bezugseinheit nicht im Grundbuch stehe, lasse sich der Höchstumfang der Belastung nicht feststellen.

Der BGH [217] bezeichnete in einer auf Vorlage des OLG Saarbrücken ergangenen

216) OLG Schleswig in Rpfl. 1964, 82 = BB 1965, 523; OLG Stuttgart in OLGZ 1966, 105; OLG Oldenburg in NJW 1966, 2410. Zustimmend Bleckert in Rpfleger 1966, 201.

217) BGH in NJW 1967, 925; wesentliche Vorarbeit zu dieser Entscheidung hat das LG Dortmund in einer in NJW 1965, 1233 veröffentlichten Entscheidung gleichen Ergebnisses und nahezu wortgleicher Begründung geleistet. Eine mit dem OLG Saarbrücken übereinstimmende Vorlage zur gleichen Frage enthält die Entscheidung des KG in Rpfleger 1966, 203.

Entscheidung diese Ansicht als eine Verkennung der Vorschrift des § 1115 I. Deren Zweck gehe dahin, aus dem Grundbuchvermerk allein das größtmögliche Ausmaß der Belastung ersichtlich zu machen. Wenn aber im Grundbuch außer den Hundertsätzen für die Zinsen und die anderen Nebenleistungen nur der Kapitalbetrag des Darlehens eingetragen sei und damit nur dieser als Bezugsgröße für die Hundertsätze der Zinsen und Nebenleistungen in Frage komme, dann seien sowohl die Zinsen als auch die Nebenleistungen bereits mit den angegebenen Hundertsätzen des ursprünglichen Darlehensbetrages gesichert. Die höchstmögliche Belastung sei damit gekennzeichnet. Vereinbarungen über Art und Umfang der Nebenleistungen im einzelnen, wonach dann eventuell in Wirklichkeit nur geringere Nebenleistungen entstehen, weil etwa an die Bezugsgröße: jeweiliger Darlehensstand angeknüpft wird, hätten ihren Platz in der Eintragungsbewilligung.

Kommentatoren zum Grundbuchrecht [218)] haben bereits in Anmerkungen zu den Entscheidungen der OLGe die Ansicht des BGH vertreten. Die aufgeworfene Frage dürfte daher mit dieser höchstrichterlichen Entscheidung für die Praxis endgültig beantwortet sein. Gleichwohl erscheint es angebracht, einige ergänzende Bemer-

---

218) Haegele in Rpfleger 1963, 51 und 1964, 83; Ripfel in DNotZ 1961, 670 und in BB 1965, 524.
Die Bemerkungen Ripfels zu dieser Frage sind recht konstruiert. Er will die Überflüssigkeit der Eintragung, wovon die Nebenleistungen zu entrichten sind, offenbar herleiten aus dem Rechtsinstitut der Eigentümergrundschuld auf Nebenleistungen. Dabei soll die Belastung die gleiche sein, ob nun die Nebenleistungen aus dem ursprünglichen oder aus dem gegenwärtigen Kapitalbetrag zu entrichten sind, weil bei teilweisem Übergang des Hauptanspruchs auf den Eigentümer auch der Nebenleistungsanspruch anteilig auf ihn übergehe. Abgesehen davon, daß die in Frage stehenden Nebenleistungen nie in der Person des Eigentümers entstehen können, so daß die Belastung eben doch nicht gleich ist, trägt diese Begründung nicht zur Entscheidung der hier anstehenden Frage bei, ob von vornherein eine Eintragung in diesem oder jenem Sinne erforderlich ist. Die auf den Eigentümer normalerweise mit dem Teil der Hauptforderung übergehende Befugnis, die erworbene Teileigentümergrundschuld mit denselben Nebenleistungen wieder abzutreten, ist in ihrer Belastungswirkung wesentlich geringer als im vorliegenden Fall die konkrete Belastung mit den jährlich aus der ursprünglichen Forderung entstehenden Nebenleistungen, einschließlich etwaiger Rückstände. Diese Unsicherheit über die tatsächliche Belastung kann nicht mit dem Rechtsinstitut der Eigentümergrundschuld beseitigt werden.

kungen anzufügen. Die Entscheidung des BGH ist offensichtlich von dem Bestreben getragen, das Grundbuch so übersichtlich wie nur möglich zu halten und daher nur eintragen zu lassen, was unbedingt hineingehört. Nur so sind auch die weiteren Punkte dieser Entscheidung zu verstehen. Der BGH lehnt es ab, eine Hypothek im Grundbuch als Tilgungshypothek zu bezeichnen. Und er hält in Übereinstimmung mit der seitherigen Rechtsprechung das Grundbuchamt für nicht gebunden an Fassungsvorschläge und Eintragungsanträge der Beteiligten. Dieses Bemühen ist auch vollauf anzuerkennen. Dennoch sind Bedenken anzumelden, ob der BGH bei seiner Interpretation des § 1115 nicht doch den Begriff des Höchstumfangs der Belastung zu weitherzig und mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unvereinbar ausgelegt hat.

Ausgangspunkt für diese Überlegungen soll die Frage sein, was sich jemand, der ein Grundbuch im Hinblick auf die eingetragenen Belastungen einsieht oder sich zu diesem Zweck einen Grundbuchauszug übersenden läßt, bei einer Eintragung denkt, die einen Kapitalbetrag von DM 10.000,-- nennt sowie einen Zinssatz von 6% und Nebenleistungen mit insgesamt 7%. Allein der auch in Prozenten der Hauptforderung ausgedrückte "Geldbetrag" (§ 1115 I) der Nebenleistungen verführt zu der Annahme, daß auch die Nebenleistungen wie die Zinsen aus dem jeweiligen Betrag der Hauptforderung zu errechnen sind, wie er sich in dem fraglichen Nebenleistungszeitraum stellt. Als Regel kann daher sicher nicht davon ausgegangen werden, daß Nebenleistungen aus dem ursprünglichen Kapital zu entrichten sind. Schon gar nicht, wenn der Grundbucheintragung nicht einmal zu entnehmen ist, daß es sich um eine Tilgungshypothek handelt. Der Grundbuchleser, der in dem Grundbuch nur die Hauptforderung und Prozentzahlen eingetragen sieht, wird also in der Regel annehmen, daß die Nebenleistungen aus der jeweiligen Darlehenssumme zu entrichten sind. Auf jeden Fall entstehen Zweifel, die nicht durch allgemeine Erfahrungssätze behoben werden können. Es ist eine bloße Behauptung des BGH und eine petitio principii, wenn er voraussetzt, daß die Eintragung lediglich eines Kapitalbetrages und eines Prozentsatzes bereits besage, daß immer aus dem Nennbetrag die Nebenleistungen zu entrichten seien. Das besagt sie nicht. Sie besagt eher in Gleichsetzung mit den Zinsen das Entgegengesetzte: aus dem jeweiligen Darlehensbetrag. Und deshalb läßt sich durchaus vertreten, daß die Bezugsgröße der prozentualen Nebenleistung im Grundbuch genannt werden muß.

Dazu kommt noch folgendes: das LG Dortmund [217] hat seinen Gründen die Bemerkung vorausgestellt, die jeweilige konkrete Höhe der Belastung lasse sich ohnehin nicht dem Grundbuch entnehmen, weil sie weitgehend von Vorgängen

217) s. S. 141

außerhalb des Grundbuchs bestimmt werde. Das ist sicher richtig, was die konkrete Höhe der Hauptforderung selbst betrifft, obwohl auch hier die Beteiligten es in der Hand haben, durch Berichtigungen Klarheit zu schaffen. Doch entbindet dies nicht von der Verpflichtung, die höchstmögliche Belastung im konkreten Fall dennoch so deutlich wie möglich aus der Eintragung hervortreten zu lassen. Das aber ist bei der vom BGH vertretenen Auffassung nach zwei Richtungen nicht der Fall: einmal ist m.E. durch nichts erwiesen, daß die vom BGH für richtig gehaltene Eintragung überhaupt bedeutet, daß die Nebenleistungsprozente aus dem ursprünglichen Betrag zu berechnen sind; zum andern, selbst wenn dies so wäre, so wäre damit für den konkreten Einzelfall noch nicht deutlich, ob nun dieses Höchstmaß gilt oder das, das sich bei Zugrundelegung der jeweiligen Schuldsumme ergibt. Damit bleiben zwei Berechnungsmöglichkeiten und zwei Höchstmaße offen. Dies widerspricht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Ihm ist nämlich nicht mit einem abstrakt möglichen Höchstmaß und mit der Argumentation Genüge getan, das Mehr (vom ursprünglichen Darlehensbetrag) schließe das Weniger (von der jeweiligen Schuldsumme) auf alle Fälle ein. Es ist nicht zulässig, den Bestimmtheitsgrundsatz an einer abstrakten Möglichkeit zu messen. Das Grundbuch soll ja über die konkrete Belastung eine so konkrete Auskunft als möglich geben.

Gleichwohl hat die Entscheidung des BGH das große Plus für sich, daß sie die Grundbucheintragung übersichtlich und knapp hält. Wer Zweifel hat und Genaueres wissen muß, kann die Eintragungsbewilligung einsehen. Der BGH lehnt es ausdrücklich ab, unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu prüfen, ob die Eintragung der Bezugsgröße nicht doch angebracht sei. Für Zweckmäßigkeitsüberlegungen sei bei der Rechtsfrage der Eintragungsbedürftigkeit kein Raum [219]. Dennoch besteht der Eindruck, der BGH habe gerade seine Entscheidung mehr aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen als aus Rechtsgründen heraus getroffen.

Nicht widersprochen worden ist in der neueren Rechtsprechung einer älteren Entscheidung des KG [220], wonach auf Antrag ein Klarstellungsvermerk darüber, ob prozentual bestimmte Nebenleistungen nach wie vor von dem ursprünglichen Kapitalbetrag oder nur von dem Restbetrag zu berechnen sind, im Grundbuch dann einzutragen ist, wenn bei einer Tilgungshypothek ein Teilbetrag gelöscht wird. Der BGH betont ausdrücklich, daß zur Stellungnahme zu dieser Entscheidung vom Sachverhalt her keine Veranlassung bestehe. Dieser KG-Entscheidung ist sicher unabhängig vom Vorstehenden zuzustimmen, weil nach Löschung des Teilbetrages das Grundbuch so verändert ist, daß aus ihm allein nicht mehr ersichtlich ist, ob noch der ursprüngliche Nennbetrag für die Nebenleistungen gültig sein soll.

---

219) BGH in NJW 1967, 926 unter Berufung auf BGHZ 35, 378 (383)

220) KG in HRR 1935, Nr. 790; zustimmend Henke-Mönch-Horber, § 44 Anm. 6 d.

II. DIE GESAMTHYPOTHEK:

Die Gesamthypothek als solche ist vom Gesetzgeber [221] im Grunde regreßlos ausgestaltet worden. Es fehlt eine Ausgleichungsvorschrift wie sie etwa § 426 für das schuldrechtliche Gesamtschuldverhältnis darstellt. Trotzdem ist es dem Gesetzgeber nicht erspart geblieben, durch ganz konkrete Regelungen zum Tilgungs- und Regreßproblem Stellung zu nehmen. Denn schuldrechtlich wird im Bereich der Gesamthypothek häufig ein Rechtsverhältnis zwischen mehreren Eigentümern vorliegen, aus dem ein Regreßanspruch erwachsen kann, dessen dingliche Sicherung dann in Frage steht.

Befriedigt der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstükke den Gläubiger, so erwirbt er zwar die Hypothek an seinem eigenen Grundstück, die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt jedoch (§ 1173 I). Ein solches Erlöschen eines Grundstücksrechts kraft Gesetzes ist außer in § 1173 I nur noch in § 1178 bestimmt. Insofern besteht eine gewisse Parallele zwischen Zinsrückstandshypothek und Gesamthypothek, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die gesetzgeberischen Gründe für die Anordnung des Erlöschens in beiden Fällen recht verschieden sind. Bei der Zinsrückstandshypothek soll vermieden werden, daß sich unvorhergesehene Eigentümergrundschulden auf Zinsen zwischen die einzelnen Grundstücksrechte schieben; bei der Gesamthypothek ging die Überlegung des Gesetzgebers dahin [222], daß nur der leistende Eigentümer für die Gesamthypothek an sämtlichen belasteten Grundstücken gerade gestanden sei und er deshalb bevorzugt werden müsse.

Treffen nun beide Sachverhalte zusammen - Zahlung des Zinsrückstandes bei einer Gesamthypothek -, so ist die Frage wohl berechtigt, ob hier überhaupt einmal die Zinsrückstandshypothek die Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich dieser Zinsen überdauern kann.

---

221) Begründung hierfür Motive III, 685/6.

222) so in etwa auch Baur, § 43 II 2 b aa; nur mit dem Gedanken der Bevorzugung des leistenden Eigentümers gegenüber den anderen läßt sich das Erlöschen begründen, nicht damit, daß nur eine Eigentümergrundschuld erwerben soll, wer auch etwas für die Befriedigung des Gläubigers tut. Denn der Erwerb der Eigentümergrundschuld nach §§ 1163, 1177 hat nicht zur Voraussetzung, daß sich der Eigentümer verdient gemacht hat, sondern wird lediglich an das Erlöschen der Forderung - ganz gleich wodurch - geknüpft.

1. Vorweg ist festzustellen, daß es keine Sondervorschriften für die Zinsen einer Gesamthypothek gibt. Es bleibt also bei der Anwendung der für die allgemeine Hypothek geltenden Vorschriften, insbesondere auch des § 1178.

2. Keine Besonderheit taucht auf, wenn die belasteten Grundstücke alle demselben Eigentümer gehören und dieser den Zinsrückstand tilgt:

a) Ist der Eigentümer dazuhin noch persönlicher Schuldner, so erlischt die Zinsrückstandshypothek gemäß § 1178 an sämtlichen belasteten Grundstükken und ein Forderungsübergang bzw. Ersatzanspruch ist mangels Personenmehrheit gar nicht denkbar.

b) Ist der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner, so geht wohl die Zinsrückstandsforderung gemäß § 1143 auf ihn über. Das ändert aber nichts daran, daß die Gesamthypothek insgesamt gemäß § 1178 erlischt, weil eben nach allgemeiner Meinung eine Vereinigung von Hypothek und Eigentum im Sinne dieser Vorschrift stattgefunden hat. Dem Eigentümer verbleibt also lediglich eine schuldrechtliche Forderung gegen den persönlichen Schuldner.

3. Gehören die belasteten Grundstücke verschiedenen Eigentümern, so ist wiederum zu unterscheiden:

a) Der leistende Eigentümer ist zugleich persönlicher Schuldner, er hat aber gegen den Eigentümer eines der anderen Grundstücke einen Ersatzanspruch.

Dieser Fall kann insbesondere vorliegen, wenn der Schuldner = Eigentümer nach Eintragung der Hypothek einen Teil seines Grundstücks verkauft, wobei der Erwerber die Hypothek unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Die Hypothek wird auf der abgetrennten Parzelle auch eingetragen, der Gläubiger genehmigt jedoch die Schuldübernahme nicht. Es entsteht so nachträglich eine Gesamthypothek. Durch die Zahlung an den Gläubiger erlischt die persönliche Forderung (§ 362). An ihre Stelle tritt jedoch nunmehr der gegen den anderen Eigentümer gerichtete Ersatzanspruch. Ist er dinglich gesichert?

Bei einer Zahlung auf die Hauptforderung geht nach § 1173 I die Hypothek am Grundstück des leistenden Eigentümers auf diesen über, in Höhe des

Ersatzanspruchs außerdem noch die Hypothek am Grundstück des Ersatzverpflichteten (§ 1173 II). Beide Hypotheken bleiben insgesamt Gesamthypothek und sichern den Ersatzanspruch [223]. Leistet der Eigentümer dagegen auf Zinsrückstände, so muß § 1178 zufolge die Hypothek an seinem eigenen Grundstück insoweit erlöschen. Was geschieht mit der Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen? Es ist dies eine Frage der Reichweite des Anwendungsbereichs von § 1178. Faßt man die Situation ins Auge, daß bei der Gesamthypothek für eine Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt ist und daß bei der Zahlung des Zinsrückstandes durch einen der Eigentümer jedenfalls die Hypothek an dessen Grundstück erlischt, so ließe sich durchaus die Ansicht vertreten, daß dann auch die anderen Teile der Gesamthypothek erlöschen, weil ausgerechnet auch die Hypothek am Grundstück dessen erlischt, der gezahlt und somit die anderen Eigentümer von der Last befreit hat. Dieser Auslegung steht aber zweierlei entgegen. Einmal trifft § 1178 schon nach seinem Wortlaut auf diesen Fall nicht zu. Die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen bleibt Fremdhypothek, eine Vereinigung von Hypothek und Eigentum findet nicht statt, vielmehr wird nur die Zinsforderung gegen den Ersatzanspruch ausgewechselt. Auch der Sache nach wird man hier dem ersatzberechtigten Eigentümer so wenig eine dingliche Sicherung versagen können wie dem persönlichen Schuldner im Falle des § 1164, wo die h. M. - wie bereits ausgeführt - § 1178 nicht angewandt wissen will. Trotz ihrer rechtlichen Struktur als einer Hypothek kann man die Gesamthypothek in ihrem Schicksal nicht vom Teilschicksal der Gesamthypothek an einem Grundstück - hier des Ersatzberechtigten - abhängig machen. Die gesetzliche Regelung in §§ 1173, 1174, 1175 zeigt deutlich, daß die einzelnen Teile der Gesamthypothek ganz verschiedene Wege gehen können, vom Erlöschen über die Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld bis zum Übergang als Ersatzfremdhypothek. Es wäre verfehlt, allein deshalb eine Parallele zu §§ 1143,

223) Es ist hier nicht der Ort und würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf die seit jeher in Rechtsprechung und Schrifttum streitige Frage einzugehen, welcher rechtlichen Natur die auf den ersatzberechtigten Eigentümer übergehende Hypothek ist. Durch RGZ 81, 71 ff, wo die verschiedenen Ansichten sehr klar aufgeführt werden, dürfte für die Rechtsprechung und weithin auch für die Literatur entschieden sein, daß, soweit ein Ersatzanspruch besteht, die Hypothek an dem dem Ersatzverpflichteten gehörenden Grundstück derart auf den Ersatzberechtigten übergeht, daß sie als Hypothek für die Ersatzforderung besteht und daß der Ersatzverpflichtete der persönliche Schuldner dieser durch sie gesicherten Hypothekenforderung ist. So auch Schuster in RGRK, 12 zu § 1173 und 3 zu § 1182.

1178 zu ziehen, weil hier wie dort der Eigentümer eine übergegangene Forderung bzw. einen Ersatzanspruch geltend macht. Denn im Unterschied zu dort beruft sich der Eigentümer hier nicht auf eine Hypothek am eigenen Grundstück, sondern auf eine Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen. Der Ersatzanspruch des zahlenden Eigentümers ist daher durch eine Fremdhypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen gesichert [224]. Eine Gesamthypothek i. S. von § 1173 II 2. HS besteht freilich wegen § 1178 nicht mehr. Aus der Gesamthypothek ist eine Einzelhypothek geworden.

b) Der leistende Eigentümer ist nicht zugleich persönlicher Schuldner. Persönlicher Schuldner ist ein Nichteigentümer oder ein Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke.

Steht der persönliche Schuldner außerhalb des Kreises der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so handelt es sich wieder um den Normalfall, daß die Hypothek am Grundstück des Leistenden gemäß § 1178 und an den Grundstücken der anderen gemäß § 1173 I erlischt und dem Leistenden nur die nach § 1143 übergegangene Zinsforderung bleibt. Es sei denn, der Leistende habe auch einen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer; dann gilt wiederum § 1173 II [225].

Ist dagegen der persönliche Schuldner Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, so ändert dies zwar nichts daran, daß die Hypothek am Grundstück des leistenden Eigentümers erlischt, aber es ist zu prüfen, ob der nach § 1143 übergegangenen Forderung nicht irgendwie die Hypothek am Grundstück des persönlichen Schuldners dienstbar gemacht werden kann. Aus §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 II ließe sich dieser Hypothekenübergang nicht begründen, da diese Vorschriften nur den Übergang der auf dem Grundstück des Leistenden selbst lastenden Hypothek auf den Leistenden herbeiführen können, was aber durch § 1178 nach allgemeiner Meinung gerade ausgeschlossen wird. Für die Gesamthypothek an den Grundstücken der anderen Eigentümer gilt gemäß § 1143 II ausschließlich § 1173 [226]. § 1173 II nun macht den Hypothekenübergang von einem Ersatzanspruch gegen den anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger abhängig, läßt also seinem Wortlaut nach die übergegangene Forderung nicht genügen. Dies hat seinen Grund einfach darin, daß § 1173 das Rechtsverhältnis unter den Eigentümern und nicht das

224) so auch KGJ 46 A 216.

225) so Schuster in RGRK, 19 zu § 1143; das folgt aus § 1143 II.

226) Schuster in RGRK, 19 zu § 1143.

zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner regelt. Wenn aber im Einzelfall der persönliche Schuldner, gegen den ein Eigentümer einen Anspruch aus übergegangener Forderung (§ 1143) hat, personengleich ist mit einem der anderen aus der Gesamthypothek verpflichteten Eigentümer, so bestehen keine Bedenken, diese übergegangene Forderung als den Ersatzanspruch i. S. von § 1173 II anzusehen, wenn tatsächlich auf Grund des zwischen den Eigentümern bestehenden internen Schuldvertrages der Eigentümer = persönlicher Schuldner derjenige ist, der die Leistungslast definitiv zu tragen hat. So kann im Einzelfall die übergegangene Forderung durchaus identisch sein mit dem Ersatzanspruch nach § 1173 II [227]. Denn es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz, wenn es den Hypothekenübergang im Falle des Erwerbs eines Ersatzanspruches im weiteren Sinne eintreten läßt, diese Wirkung auch für den Fall gewollt hat, in dem der befriedigende Eigentümer die ursprüngliche Forderung selbst erwirbt. Nach der heute herrschenden und hier nur unkritisch übernommenen Meinung [228] ist für den Übergang der Hypothek kein Unterschied danach zu machen, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist oder nur dinglich haftet, so daß die übergegangene Hypothek auf jeden Fall eine Hypothek für den Ersatzanspruch i. S. von § 1173 II ist.

Da die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen eine Fremdhypothek für den Ersatzberechtigten ist, trifft auch hier der Wortlaut von § 1178 nicht zu. In konsequenter Weiterverfolgung der von der h. M. zu § 1164 entwickelten Gedanken muß man daher auch hier dem Zinsrückstände zahlenden Eigentümer die Hypothek am Grundstück des anderen Eigentümers zusprechen, wenngleich die Hypothek am eigenen Grundstück § 1178 zufolge erloschen ist. Es ist hierbei eine eigenartige Umkehrung des in § 1173 I aufgestellten Grundsatzes festzustellen: es erlischt die Hypothek am Grundstück des Leistenden; dagegen bleibt sie am Grundstück des Verpflichteten bestehen, allerdings nicht als Eigentümergrundschuld, sondern als Fremdhypothek.

4. Wie in den Fällen 2 b und 3 b ist der persönliche Schuldner nicht Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Es leistet aber nicht der oder einer der Eigentümer, sondern der persönliche Schuldner, der einen Er-

227) KGJ 42 A 274; KGJ 47 A 216; RGZ 81, 77; Scherübl in Staudinger, 2 c zu § 1182; Planck-Strecker, 2 b α zu § 1173 und 2 c zu § 1182.

228) RGZ 81, 77; Schuster in RGRK, 12 zu § 1173 und 3 zu § 1182; vgl. auch Hoche in Palandt, 4 b zu § 1173 und oben Fußnote 222.

satzanspruch gegen den oder gegen alle Eigentümer hat. Hat der persönliche Schuldner den Ersatzanspruch gegen alle Eigentümer, so geht die Zinsrückstandsgesamthypothek gemäß § 1164 ebenso auf ihn über wie wenn alle belasteten Grundstücke nur einen Eigentümer haben. Die übergegangene Gesamthypothek sichert den Ersatzanspruch. Ist dem persönlichen Schuldner dagegen nur ein Eigentümer von mehreren zum Ersatz verpflichtet, so gilt § 1175 und es geht nur die an dessen Grundstück bestehende Hypothek als Einzelhypothek auf den persönlichen Schuldner über. Die Hypotheken an den übrigen Grundstücken erlöschen. Befriedigt dann dieser Eigentümer den persönlichen Schuldner für den Ersatzanspruch, so erlischt auch die Hypothek an seinem Grundstück gemäß § 1178, da der Ersatzanspruch letztlich nur ein versteckter Zinsanspruch i. S. von § 1178 ist.

Es hat sich entgegen der eingangs angedeuteten Vermutung gezeigt, daß auf dem Boden der h. M. zum Verhältnis von §§ 1143, 1164 zu § 1178 auch im Bereich der Gesamthypothek durchaus die Möglichkeit eines Übergangs der Zinsrückstandshypothek besteht und zwar sogar noch eher als bei der einfachen Hypothek, weil hier durch die Mehrheit von dinglich verpflichteten Eigentümern auch der zahlende Eigentümer u. U. die Gelegenheit hat, eine dingliche Sicherung für die erworbene Forderung gegen einen anderen Eigentümer zu bekommen.

5. Eine dem § 1173 II sehr ähnliche Vorschrift findet sich in § 1182. Während bei § 1173 II die Befriedigung des Gläubigers auf einer freiwilligen Leistung eines Eigentümers beruht, wird bei § 1182 der Gläubiger aus dem Grundstück, d. h. im Wege der Zwangsvollstreckung, befriedigt. Ein wirtschaftlich sehr bedeutsamer Unterschied ist allerdings der, daß die auf den Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wurde, übergegangene Hypothek nicht den Rang behält, den die Gesamthypothek hatte, sondern an die rangletzte Stelle versetzt wird, was § 1182 S. 2 mit den Worten zum Ausdruck bringt, daß die übergegangene Hypothek nicht zum Nachteil der im Range gleich- oder nachstehenden Rechte geltend gemacht werden darf. Gerade bei der Zinsrückstandshypothek wird die Ähnlichkeit der Rechtswirkung der beiden Vorschriften (§ 1173 II und § 1182) durch eine weitere Übereinstimmung verstärkt: in beiden Fällen erlischt die Hypothek am Grundstück dessen, durch den oder aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wurde. Einmal wegen § 1178, das andere Mal wegen § 1181, der ausdrücklich das Erlöschen der Hypothek bei Befriedigung aus dem Grundstück bestimmt.

Im übrigen gelten aber die Ausführungen unter 2 - 4 genauso bei § 1182.

6. Im Vorstehenden war immer nur die Rede von der Tilgung rückständiger Zinsen, nie von der Zahlung künftiger Zinsen bzw. deren Erlaß. Aus Raumgründen und zur Vermeidung von Wiederholungen kann hier nur auf folgendes hingewiesen werden:

Aus den Ausführungen zur Frage der Eigentümergrundschuld auf Zinsen, die hierher zu übertragen sind, ergibt sich, daß der Eigentümer auch bei Zahlung künftiger Nebenleistungen entgegen § 1173 I keine Eigentümergrundschuld erwirbt. Es erlischt entweder die für die künftigen Zinsen bestehende Hypothek in entsprechender Anwendung von § 1178 oder aber die Hypothek hierfür tritt erst gar nicht in Erscheinung, weil die Hypothek als durch die Nichtzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit aufschiebend bedingt anzusehen ist.

Was den Übergang der auf den Grundstücken der nichtleistenden Eigentümer eingetragenen Gesamthypothek betrifft, so sind auch hierzu bei § 1164 im 7. Kapitel und oben bei 2 und 3 bereits die notwendigen Ausführungen gemacht. Der Ersatzberechtigte - Eigentümer oder persönlicher Schuldner - kann die Hypothek für derartige künftige Nebenleistungen erwerben, wenn ihn der Ersatzpflichtige im Zeitpunkt der Fälligkeit des Ersatzanspruchs nicht befriedigt. Denn dann ist auch die Bedingung für das Wirksamwerden der Hypothek eingetreten.

III. DIE SICHERUNGSHYPOTHEK

1. Die Sicherungshypothek ist kraft Gesetzes Buchhypothek (§ 1185 I) und nicht zum Umlauf im rechtsgeschäftlichen Verkehr bestimmt und geeignet. Denn bei ihr gilt die Besonderheit, daß der Bestand der Hypothek auf jeden Fall vom Bestand der Forderung abhängig ist. Die bei der Verkehrshypothek zu beobachtende Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 892 auf den einwendungsfreien Bestand der Forderung in Ansehung der Hypothek ist für die Sicherungshypothek durch § 1184 aufgehoben. §§ 891 ff. gelten daher im Bereich der Sicherungshypothek nur für die Hypothek selbst. Auf die Abtretung der Forderung finden statt §§ 1138, 1156 die allgemein für Forderung geltenden §§ 404 ff. Anwendung. Es ist nun zu prüfen, wie sich diese Besonderheit der Sicherungshypothek auf die Hypothekenzinsen auswirkt:

Was die Form der Abtretung betrifft, so bleibt es bei den auch für die Verkehrshypothek geltenden Vorschriften des § 1154 III in Verbindung mit §§ 873, 878 und 1159. Rückstände von Hypothekenzinsen werden also auch bei der Sicherungshypothek nach Schuldrecht übertragen.

2. Wirkung der Abtretung:

a) Für die Wirkung der Abtretung ist jedoch hinsichtlich der Zinsforderung die Gegenstandslosigkeit von § 1158 mit seiner Unterscheidung zwischen den laufenden und den sonstigen künftigen Zinsen festzustellen. Da gegenüber dem neuen Gläubiger bei der Sicherungshypothek immer, ganz gleich, ob die Hauptforderung oder rückständige oder künftige Zinsen abgetreten werden, die Einwendungen der §§ 404 ff. möglich sind, gilt das, was in § 1158 nur für eine bestimmte Gruppe von Zinsforderungen gesagt ist, ohne Einschränkung und kraft der ausdrücklichen Bestimmung des § 1184. So kann der Schuldner = Eigentümer, wenn er z.B. zur Zeit der Abtretung schon eine aufrechnungsfähige Gegenforderung gegen den Altgläubiger hatte, diese Forderung auch mit Wirkung für die Hypothek zeitlich unbeschränkt gegen die nach und nach fällig werdenden Zinsansprüche des Neugläubigers aufrechnen, also auch dann, wenn die Zinsen später fällig werden als in dem Kalendervierteljahr, in dem er von der Abtretung Kenntnis erlangt oder dem folgenden Vierteljahr.

b) Dagegen behält § 1158 noch Bedeutung für die Einreden nach § 1157 Satz 1 gegen die Hypothek, denen gegenüber sich der neue Gläubiger im Rahmen des Halbjahres von § 1158 nicht auf seinen guten Glauben berufen kann (§ 1158, 2. HS). Denn die Anwendung von § 1157 ist in § 1185 nicht ausgeschlossen, da diese Vorschrift nicht den einwendungsfreien Erwerb der Forderung sondern der Hypothek betrifft. Für das dingliche Recht aber gilt § 892 auch bei der Sicherungshypothek, sofern der gute Glaube nicht wie durch § 1158 für unbeachtlich erklärt wird.

IV. DIE HÖCHSTBETRAGSHYPOTHEK:

1. Die Besonderheit der Höchstbetragshypothek in Bezug auf die Zinsen liegt darin, daß die Zinsen, sofern sie vereinbart sind, nicht über den Höchstbetrag der Hypothek hinaus Gegenstand der Hypothek sein können, sondern in den Höchstbetrag mit eingerechnet werden (§ 1190 II). Das Grundstück haftet daher auf alle Fälle nur in Höhe des eingetragenen Höchstbetrages, auch wenn dieser Betrag etwa durch aufgelaufene Zinsen, auch gesetzliche nach § 1118 [229], bei der

229) KG in KGJ 35 A 318 (322) = RJ A 9, 64; Scherübl in Staudinger, 12 d zu § 1190. Nicht jedoch die Kosten des § 1118. Für diese haftet das Grundstück nach allg. M. auch über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus.

Feststellung der Forderung überschritten sein sollte. In den Motiven [230] wird diese Regelung damit begründet, daß andernfalls der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt sei, wenn man den Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital beschränken und daneben das Grundstück noch für die Zinsen haften lassen wollte. Diese Begründung überzeugt allerdings nicht [231]. Mit dieser Begründung wäre jede dingliche Sicherung von Hypothekenzinsen, deren Wesen die Unbeständigkeit ist, als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz zu werten. Der mögliche Höchstumfang der Belastung des Grundstücks ließe sich auch ausreichend bestimmen, wenn die Zinsen zu dem eingetragenen Höchstbetrag noch hinzukämen. Es müßte dann lediglich für die Zinsberechnung der Höchstbetrag zugrundegelegt werden und unter Berücksichtigung der Verjährungsvorschriften (§§ 197, 223 III, 224) die Zahl der zu einem bestimmten Zeitpunkt dinglich gesicherten Zinsraten ermittelt werden. Höchstbetrag plus Zinsbeträge ergäbe dann die höchstmögliche Belastung des Grundstücks. Wenn der Gesetzgeber diesen Weg nicht gegangen ist, so wohl deshalb, weil der Gesetzgeber sich mit dem Institut der Höchstbetragshypothek schon weit genug von dem in §§ 1113, 1115 enthaltenen Bestimmtheitsgrundsatz entfernt hatte und die relative Unbestimmtheit nicht zusätzlich noch durch in ihrem Umfang ebenfalls schwankende Zinsbeträge vergrößern wollte.

a) Diese Einbeziehung der Zinsen in den Höchstbetrag hat zur Folge, daß Verzinslichkeit und Zinssatz ins Grundbuch überhaupt nicht eingetragen werden, ja ein gleichwohl eingetragener Zinsvermerk ist gemäß § 53 I S. 2 GBO von Amts wegen zu löschen [232]. Des sachlichen Zusammenhangs wegen wird man sonstige

230) Motive III, 767.

231) so auch Hoche in Palandt, 2 b zu § 1190 unter Hinweis auf Felgentraeger, S. 155; auch Wolff-Raiser, Fußnote 7 zu § 153 finden diese Einrechnung befremdlich und zwar umso mehr, als die Höchsthypothek - wie noch zu zeigen sein wird - jederzeit in eine Verkehrshypothek in gleicher Höhe mit einem zusätzlichen Zinssatz bis zu 5% verwandelt werden kann.

232) RGZ 90, 152; 131, 295; KG in KGJ 39 A 256. Dies ist allg. M., obwohl die Gesetzesmaterialien zunächst die Eintragungsfähigkeit anzudeuten scheinen. Denn nur § 1129 des Entwurfs I bestimmte in Absatz 3 Satz 2, 2. HS: "Die Verzinslichkeit und der Zinssatz werden in das Grundbuch nicht eingetragen". Die Streichung dieses Halbsatzes in § 1096 II des Entwurf II, der dem heutigen § 1090 II entspricht, ist jedoch nur aus redaktionellen Gründen geschehen - sie geht zurück auf eine Anregung in der 2. Kommission (Protokolle III, 689 ff.) -, so daß auch heute noch der Satz der Motive (III, 767) gilt: "Fallen die Zinsen mit unter den Höchstbetrag, so muß in Abweichung von der Vorschrift des § 1064" - heute: § 1115 - "die Eintragung der Verzinslichkeit und des Zinssatzes entfallen".

Nebenleistungen den Zinsen gleichzustellen und auch in den Höchstbetrag einzurechnen haben [233].

b) Damit wird aber nicht die Unterscheidung zwischen Hauptforderung und Nebenleistung hinfällig. Die Zinsen behalten auch bei der Höchstbetragshypothek ihre rechtliche Natur als Nebenleistungen [234] mit den für die Nebenleistungen geltenden Sondervorschriften über Verjährung und Form bzw. Wirkung der Übertragung. Sie werden nicht etwa umgewandelt in einen Teil der Hauptforderung. Die Literatur zieht aber nirgends Konsequenzen, aus denen ersichtlich wäre, warum so sehr betont wird, daß die Zinsen ihre Rechtsnatur als Zinsen behalten. Gerade umgekehrt wird - wenn auch ohne nähere Begründung - bei § 1178 mehrfach [235] die Ansicht vertreten, § 1178 gelte nicht für die Höchstbetragshypothek. Dabei ist eine gewisse Verlegenheit und Ratlosigkeit in dieser Frage unverkennbar. Im Grunde bezog sich ursprünglich [236] die Frage der Anwendung von § 1178 bei der Höchstbetragshypothek auf solche Höchstbetragshypotheken, die speziell und eigens für die Nebenleistungen und Kosten i. S. von § 1178 bestellt worden sind. Es war früher streitig, ob derartige Zinsen- und Kostenkautionshypotheken nach altem Recht beim Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung eine Eigentümergrundschuld ergeben [237].

Dennoch dürfte die Annahme der h. M., § 1178 sei auf Höchstbetragshypotheken nicht anwendbar, richtig sein. Diese Art von Hypothek wird für einen ganz bestimmten Betrag bestellt und geht in Höhe dieses Betrags sämtlichen nachfolgenden Hypotheken vor. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Betrag bei der Feststellung lediglich durch Hauptforderungen oder auch durch Nebenleistungen erschöpft wird. Die Nachhypothekare wissen genau, welches Recht in welchem Umfang ihnen vorgeht und der Zweck des § 1178, die Einschiebung von Eigentümergrundschulden auf Zinsen zu vermeiden, kann hier gar nicht tangiert werden, weil ein größeres Recht als im Betrag der Höchstbetragshypothek gar nicht entstehen kann

233) Planck-Strecker, 3 b ß zu § 1190; nicht jedoch die des § 1118, vgl. oben Fußnote 228.

234) RGZ 90, 152; RG in JW 1931, 2287; Schuster in RGRK, 8 zu § 1190; Scherubl in Staudinger, 12 a zu § 1190.

235) Hoche in Palandt, 1 zu § 1178, Scherübl in Staudinger, 10 zu § 1178; Planck-Strecker, 1 c zu § 1178.

236) das wird bei Schuster in RGRK, 2 zu § 1178 am deutlichsten.

237) bejahend: RGZ 61, 375; RG in Warneyer 1915, Nr. 85;
verneinend: OLG Breslau in OLG 4, 160 und in OLG 12, 292.

Wollte man annehmen, daß bei Zinszahlungen, deren Beträge im Rahmen des Höchstbetrages dinglich gesichert sind, jeweils in Höhe der Zahlung ein Teil der Höchstbetragshypothek gemäß § 1178 erlischt, so könnte die Hypothek bei entsprechender Dauer des Schuldverhältnisses immer wertloser werden, auch wenn der ursprüngliche Höchstbetrag zunehmend von Hauptforderungsbeträgen ausgefüllt werden könnte. Das kann nicht sein. Deshalb ist anzunehmen, daß jedenfalls bis zur Feststellung der Forderung § 1178 völlig ausscheidet. Hauptforderung und Zinsen sind bis zur Feststellung auswechselbar und bestimmen deshalb auch bis dahin nicht die Natur der Höchstbetragshypothek als Kapital- oder als Zinshypothek. Aber auch nach der Feststellung wird man § 1178 selbst dann nicht anwenden können, wenn die im Zeitpunkt der Feststellung fälligen Zinsen noch in den Höchstbetrag aufgenommen werden können. Denn der Eigentümer hat jedenfalls im Umfang des Höchstbetrages ein Recht an seinem Grundstück eingeräumt und soll auch in dieser Höhe eine Eigentümergrundschuld erwerben können. Der Umfang des Übergangs der Hypothek kann nicht von dem vom Eigentümer nicht beeinflußten Umstand abhängen, ob der Höchstbetrag nur von einer Hauptforderung oder auch von Zinsen ausgefüllt wird.

2. § 1190 IV enthält eine besonders für die Übertragung von Zinsraten interessante Vorschrift. Die Forderung - das kann auch eine Teilforderung wie eine Zinsrate oder der gesamte Zinsenbezug sein - kann nach den für die Übertragung von Forderungen allgemein geltenden Vorschriften übertragen werden, also nach §§ 398 ff. Sie kann, sie muß nicht nach Schuldrecht übertragen werden. Wird sie aber nach Schuldrecht übertragen, so ist der Übergang der Hypothek nach § 1153 ausgeschlossen. Das Grundpfandrecht bleibt bei Teilabtretung nach einhelliger Auffassung in der Literatur [238] in vollem Umfang bestehen und zwar als Hypothek, soweit diese beim Altgläubiger verbliebene Forderung reicht, und als vorläufige Eigentümergrundschuld, soweit der Höchstbetrag noch nicht ausgeschöpft ist. Auf diese Weise kann durch Abtretung des Zinsenbezugs gemäß § 1190 IV doch trotz § 1190 II erreicht werden, daß auch eine Höchstbetragshypothek, der eine verzinsliche Forderung oder eine Mehrheit von verzinslichen Forderungen zugrundeliegt, in voller Höhe durch Kapitalforderungen ausgeschöpft werden kann. Allerdings ist der Zinsenbezug dann hypothekarisch nicht gesichert. Aber das werden Altgläubiger und Zessionar der Zinsforderungen manchmal für entbehrlich halten, wenn es sich um einen verläßlichen Schuldner handelt und wenn insbesondere die Gefahr einer Kündigung der Kapitalforderung oder der Höchstbetrags-

238) Schuster in RGRK, 31 zu § 1190; Scherübl in Staudinger, 13 g zu § 1190; Wolff-Raiser, § 153, IV 2; Planck-Strecker, 5 a zu § 1190.

hypothek einen ausreichenden Druck auf den Schuldner ausübt, die Zinsraten pünktlich zu bezahlen. Was also bei der Verkehrshypothek in § 1159 nur ausnahmsweise bei Rückständen von Zinsen möglich ist, das kann nach § 1190 IV bei der Höchstbetragshypothek mit jedem Teil der Gesamtforderung gemacht werden: Übertragung der Forderung nach Schuldrecht. Der Grund ist ausschließlich in den Belangen des Rechtsverkehrs zu suchen. Der Gläubiger soll die Möglichkeit haben, aus einem Kreis von ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderungen eine Forderung herauszunehmen, ohne daß die Sicherheit für die verbleibenden und künftigen Forderungen geschmälert wird.

§ 1159 wird aber deshalb im Bereich der Höchstbetragshypothek nicht gegenstandslos. Denn ein wesentlicher Unterschied zwischen § 1159 und § 1190 IV besteht darin, daß bei einer Abtretung nach § 1159 die Hypothek in der Regel mit übergeht, während dies bei § 1190 IV strikt ausgeschlossen ist. Es wird im Einzelfall schwer zu unterscheiden sein, ob bei einer Abtretung von rückständigen Zinsen einer Höchstbetragshypothek nach § 398 eine Abtretung nach § 1159 oder eine solche nach § 1190 IV gewollt war. Dies wird im Wege der Auslegung festzustellen sein und die Parteien tun deshalb gut daran, sich deutlich auszudrücken. Denn es ist recht ungewiß, wofür man sich bei trotz Auslegung zurückgebliebenen Zweifeln entscheiden müßte, ob für §§ 1159 als der für rückständige Zinsen geltenden Sondervorschrift oder aber für § 1190 IV als der für die Höchstbetragshypothek geltenden Ausnahmevorschrift. Immerhin bleibt zu bemerken, daß rückständige Zinsen überhaupt nur nach Schuldrecht übertragen werden können, während bei der Höchstbetragshypothek die Übertragung nach Schuldrecht nur eine der beiden Möglichkeiten darstellt. So wird man im Zweifel, d. h. wenn besondere Anhaltspunkte für eine andere Auslegung fehlen, eine Abtretung von Zinsrückständen dem § 1159 zu unterstellen und so den Mitübergang eines Teils der Hypothek festzustellen haben.

3. Mit der Feststellung der Forderung i. S. von § 1190 wird manchmal eine Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Sicherungshypothek oder eine gewöhnliche Verkehrshypothek mit bestimmter Forderung verbunden. Eine solche Umwandlung ist entsprechend § 1186 ohne weiteres zulässig. Nach der h. M. 239) ebenfalls zulässig ist es, die bisherige Höchstbetragshypothek in eine Sicherungs- oder Verkehrshypothek mit dem Höchstbetrag als nunmehr bestimmte Forderung

239) RGZ 60, 243; 145, 48; Hoche in Palandt, 5 zu § 1190; Scherübl in Staudinger, 18 c zu § 1190; Schuster in RGRK, 8 zu § 1190; 8 zu § 1190; Baur in Soergel-Siebert, 26 zu § 1190.

umzuwandeln und dazuhin noch ohne Zustimmung der gleich- und nachstehend Berechtigten gemäß § 1119 5% Zinsen einzutragen. Dies läßt sich nicht ohne weiteres vereinbaren mit § 1190 II, wonach bei der Höchstbetragshypothek die Zinsen in den Höchstbetrag einzurechnen sind. Das Vertrauen der Nachhypothekare in den Höchstbetrag wird doch erheblich erschüttert, wenn später bei der Umwandlung weitere 5% des Höchstbetrags an Belastung hinzukommen können. Es ist ein kaum befriedigender Hinweis, zu sagen, daß jeder mit der Umwandlung und der "Aufstockung" gemäß § 1119 rechnen muß. Denn die Höchstbetragshypothek als solche kann nicht erweitert werden. Die Erweiterung nach Umwandlung aber ist kaum vorauszusehen und m. E. auch nicht allein aus § 1119 zu begründen, der vom Normalfall ausgeht, daß eine ursprünglich niedriger als 5% verzinsliche Verkehrshypothek nunmehr eine 5%ige Verkehrshypothek sein soll. Die h. M. verlangt nichts anderes, als daß der Grundbuchleser eine Höchstbetragshypothek gleich als Verkehrshypothek mit dem Höchstbetrag als bestimmter Forderung plus 5% Zinsen liest. Ob dieses Voraus- und Umdenken zur Feststellung der möglichen Höchstbelastung nicht das "Rechnen-müssen" zu sehr strapaziert und unter dem Gesichtspunkt einer anfänglichen Unbestimmtheit der Grundstücksbelastung angreifbar ist, soll hier nur als Frage angedeutet werden.

Die Rechtsprechung [240)] hat nur eine Einschränkung gemacht: die 5% Zinsen dürfen erst für die Zeit vom Tage der Eintragung der Umwandlung an aus dem Grundstück verlangt werden, nicht auch für die Zeit davor, in der noch die Höchstbetragshypothek bestand.

240) KG in KGJ 31 A 341; KGJ 44 A 298; zustimmend Schuster in RGRK, 1 zu § 1119 und Scherübl in Staudinger, 11 zu § 1119.

LEBENSLAUF

Am 6. Mai 1939 wurde ich als Sohn des Gerichtsassessors, jetzt Bürgermeisters, Dr. Alfred Schwab und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Butz, in Stuttgart geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Volksschule und die Oberschule besuchte ich in Göppingen. Am 1. März 1958 legte ich am Hohenstaufen-Gymnasium in Göppingen die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1958 begann ich in Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Drei Semestern in Tübingen folgten drei Auswärtssemester in Berlin (1) und München (2). Nach drei weiteren Semestern in Tübingen bestand ich dort am 26. November 1962 die Erste Juristische Staatsprüfung.

Vom 1. Januar 1963 an war ich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg mit Ausbildungsstationen in Göppingen, Ulm, Berlin und Tübingen. Am 6. Dezember 1966 legte ich in Stuttgart das Zweite Juristische Staatsexamen ab.

Seit 8. Februar 1967 bin ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Ulm und beim Amtsgericht Göppingen zugelassen.